

# UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL INJUSTO PROPIO DEL 319 C.P. EN SEDE DE FRAGMENTARIEDAD PENAL



**AUTORÍA:** ÁLVARO DE JUAN GARCÍA

**DIRECCIÓN:** Dr. JORDI CASAS HERVILLA

TRABAJO DE FIN DE GRADO  
DERECHO  
CURSO: 2018/2019

FECHA DE ENTREGA: 7 de mayo de 2019

**ABSTRACT:** El auge de los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales en la sociedad moderna ha supuesto, entre otros efectos, un replanteamiento en la estructura dogmático-axiológica que gobierna el Derecho Penal, no desprovista de sus críticas. Entre ellas, una fundamental; la carencia de legitimidad de los procesos de selección de los bienes jurídicos a tutelar por la vía penal, destinando al albur los posibles mecanismos administrativos previstos a tal efecto. Estas consideraciones merecen un estudio pormenorizado y justifican la presente investigación. A partir de una revisión crítica respecto de los presupuestos del *ius puniendi* al tenor de la noción constitucional del Estado Social, se propone una innovadora configuración del bien jurídico protegido por el delito urbanístico del 319 C.P., más ajustada a los principios garantistas de nuestro sistema: La función social del suelo. Esta tesis, fruto de un estudio interdisciplinario, se somete a aplicación mostrando sus fortalezas, dificultades y propuestas de mejora, a partir del controvertido caso de la retroactividad favorable de las recalificaciones sobrevenidas en materia de construcciones, urbanizaciones y edificaciones ilícitas.

**PALABRAS CLAVE:** Estado Social, funcionalismo, ley penal en blanco, interés valorativo del suelo, autonomía local, política criminal, retroactividad más beneficiosa, legalización urbanística sobrevenida

*a ella. por su amor,  
incondicionalidad e inagotable paciencia conmigo, que son condición de todo cuanto uno  
pueda leer.*

*a mi tutor. si el trabajo  
intelectual tiene como ingrediente indispensable la pasión, yo le debo a él la mía.*

Artículo 28 C.P.:

“También serán considerados autores (...) b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones sobre el ius puniendi del Estado 2. El Bien Jurídico protegido por el artículo 319 C.P. 3. El caso de la retroactividad más beneficiosa del P.O.U.M. 4. Conclusiones

## 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

1.1. Con la llegada del pensamiento liberal y la implementación del principio de separación de poderes -y en consecuencia, la importante pérdida de prerrogativas de carácter sancionador a favor de la Administración- la distinción entre el ilícito penal y el administrativo desde la perspectiva del ius puniendi estatal deviene de capital importancia, al objeto de establecer una clara distinción entre el delito contra la ordenación del territorio del 319 C.P. y las meras infracciones urbanísticas, con vocación de analizar la legitimidad de la elevación a reproche penal de estas últimas.

En este sentido, la labor no puede ser propiciada sino con un preludio introductorio que se sirva a la concreción de lo que debe entenderse como la frontera entre ambos tipos de ilícito, estableciendo los pilares de la discusión científica y aportando los rudimentos necesarios para la comprensión de la investigación en su totalidad, que pretenderá resolver, con orden respectivo, una serie de preguntas: *¿Está justificado el delito urbanístico?* Y si esto es así, *¿Cuál es verdaderamente su contenido material?* *¿Está siendo en la actualidad aplicado correctamente?*

1.2. El castigo de ciertas conductas por medio de la sanción penal no es nada nuevo; cuestión distinta es la que se erige de la naturaleza, o el fundamento de tal actividad represora. Ya en la Edad Moderna<sup>1</sup>, se entiende que el poder represivo es una condición, o un “Derecho”, agregado a la condición de soberano; una reseña ciertamente indiscutible. Con la Revolución Francesa, los postulados ilustrados -que *grosso modo* culminarían en la conformación del Derecho penal liberal- añadirían un nuevo matiz; si bien es inherente la prerrogativa

---

<sup>1</sup> MORALES PRATS, F., y QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de derecho penal, parte general: acorde con el nuevo Código Penal de 1995*, Barcelona, Ed. CEDECS, 1996. Pp. 8. Ilustrativamente, textos como las Pragmáticas regias, recogidas en la *Constitutio Criminalis Carolina* alemana y la *Constitutio Criminales Josefina* austríaca, son textos ejercicio de la potestad mayestática. Para más, VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre ‘Des délits et des peines de Cesare Beccaria’*, Ed. Alianza Editoria, Salamanca, 2006, señala que efectivamente surge una necesidad de los hombres a ceder parcialmente su propia libertad al depósito público. Pero introduce ideas más interesantes, que contribuirán al debate acerca de las condiciones del ejercicio represor: “*Es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible (...) El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho*”. Pp. 33 y ss.

sancionadora a la figura del soberano, *la potestad punitiva, por encima de todo, se conceptualizará como un "derecho" que ejerce el que ostenta el poder, ya sea buscando su fundamento en el poder mismo ya en el pacto social*<sup>2</sup>. A continuación, el examen de la génesis del *ius puniendi* resultará fundamental al objeto de establecer una delimitación más o menos precisa entre el ilícito penal y administrativo, así como para determinar la legitimación axiológica de la intervención penal en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio.

1.3 Dicho lo anterior, es menester advertir que en Derecho penal rige el principio de exclusiva protección del bien jurídico, en tanto que bien ideal de importancia fundamental para la existencia del sistema social. Sin embargo, y como advierte MIR, *el hecho de que el derecho penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico deba ser protegido penalmente*<sup>3</sup>. Debe recordarse que no toda lesión de un bien jurídico colmará con las exigencias derivadas del principio de fragmentariedad del Derecho penal, pues para ello resultará inexcusable una ofensa relevante al bien jurídico.

Sobre la última exigencia, FEUERBACH -a principios del siglo XIX- desarrolló un profundo examen acerca de los límites entre el Derecho penal, la religión y la moral. Concluyó con el rechazo de la concepción divina del castigo -dejando de ser la religión una explicación, al menos racional, a los asuntos sociales- y en su periplo analítico acerca de los presupuestos de la represión estatal, comprendería el delito como la lesión de los derechos que el Estado, en tanto que unión de voluntades, protegería con las leyes penales<sup>4</sup>; lo que BIRNBAUM posteriormente matizaría, dando lugar a la conformación del concepto de bien jurídico como objeto de tutela penal<sup>5</sup>.

A partir de entonces, coexistirían dos tendencias aparentemente inconciliables en la configuración del bien jurídico protegido. En primer lugar, las formales; en su virtud, JAKOBS (entre otros), vendría a sostener que es el Estado el que designa los objetos a ser

---

<sup>2</sup> *Op. cit.*, MORALES; QUINTERO, : *Curso de derecho penal, parte general*, p. 8

<sup>3</sup> MIR PUIG, S, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 9na Ed. REPERTOR, 2011. p.129.

<sup>4</sup> FEUERBACH, A., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.: ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEI, Irma, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 58. Adicionalmente, ZAFFARONI, E., "La legitimación del control penal de los 'extraños'", en: CANCIO MELIÁ, M; GOMEZ-JARA, C., *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer S.L., 2006, p. 1138

<sup>5</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos", *Indretn*° 379, 4/2006, p. 3.

protegidos, la forma y la intensidad de su protección<sup>6</sup>.

Frente a la tendencia formalista que señala -envuelta en la bandera de la democracia- que *el bien del derecho penal es el carácter obligatorio de la norma*<sup>7</sup> y la protección de la misma, un sector diferenciado -de corte más bien material- vendría entendiendo que la finalidad del Estado de Derecho no consiste en evitar la infracción de leyes, sino en evitar la producción de menoscabos o lesiones jurídicas efectivas. Este replanteamiento tiene unas implicaciones transcendentales en la configuración de la lesión del bien jurídico, pues permite concluir que el Estado no puede establecer prohibiciones -cuanto menos privativas de libertad- para conductas que no sean *per se* 'antijurídicas'<sup>8</sup>, como criterio de justicia material<sup>9</sup> en la imposición de la pena.

En esta evolución histórica, sin solución de continuidad, cristalizarían corrientes como el funcionalismo en su vertiente moderada, *id est*, orientado a la protección de bienes jurídicos si bien con influencia de postulados político-criminales, asumiéndose la obra de MIR y ROXIN como referente principal a los efectos de este estudio.

En la teoría de ROXIN, el bien jurídico aparece conceptualizado como aquel conjunto de *circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado*<sup>10</sup>. Silogísticamente, si en un Estado social y democrático de Derecho (1.1 CE) el marco de convivencia lo establece la Constitución del 1978, allí deberá encontrar su fundamento el Derecho penal. Y si esto es cierto, puede argumentarse que el Derecho penal de un Estado Social solamente se ve legitimado en cuanto

---

<sup>6</sup> HORMAZABAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido en la norma penal)*. Barcelona, Ed. PPU, 1991, pp. 11.

<sup>7</sup> JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, New York. Ed. De Gruyter, *passim*. Ello, sea dicho, pasando por el filtro de la dañosidad social y de la importancia del fin perseguido por la norma, en la línea de BINDING (BINDING, K., *Die normen und ihre uebertretung*, 3ed, Leipzig, Alen Scentia Verlagpp. 1975, pp. 113 y ss.), con unas implicaciones históricas que no merecen ser destinadas a la inobservancia y el olvido.

<sup>8</sup> VON LIZST, F., *Das Verbechen als Sozialpathologische Erscheinung, en Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, Berlin. Pp. 291-292. Así, situaría el objeto jurídico como frontera entre la política criminal y el derecho penal. Para VON LIZST, el desvalor de la acción no se ubica solamente en su imputabilidad en tanto que trasgresión de una norma; sino también en su ilicitud en cuanto lesión material de un interés vital de la sociedad. Además, VON LIZST, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 84 y ss.

<sup>9</sup> WELZEL, H. *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes* en Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für E. Kohlrausch, Berlín, Verlag Walter de Gruyter, 1944, p. 229. *Op. cit.* HORMAZABAL, *Bien jurídico*. P. 167.

<sup>10</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Ed. Civitas, 1997. P. 56. Así, señala que si bien se trata de un concepto normativo, no es estático, sino más bien elástico; abierto al cambio social y a un progreso científico que lo expone a una constante revisión

es útil, esto es, eficaz para la Sociedad que ha cedido su poder al soberano en su labor de prevención de la comisión de futuros delitos<sup>11</sup> cuando ello no pueda conseguirse por otros medios, pues la lógica del Estado Social justamente persigue buscar el mayor bien social al menor coste<sup>12</sup>.

De esta manera, ante una lesión de un bien jurídico, a efectos de la distinción entre cuál debe ser la reacción del ius puniendi estatal (en su vertiente penal, o administrativa<sup>13</sup>) viene a hacerse eco del principio de subsidiariedad; esto es, cuando la perturbación al orden jurídico establecido pueda evitarse mediante la imposición de sanciones menos onerosas, entonces deberá acudir al Derecho administrativo sancionador. Esto es así ya que el Derecho penal no tiene un fundamento exclusivamente positivo (entre otros, VON LISZT), sino que encuentra su base en realidades previas, elevadas a categoría de bien jurídico, cuya lesión viene determinada en base a las necesidades humanas, y por lo tanto su recurso será fiscalizado y economizado en cada caso concreto.

1.4. Si bien lo anterior ha sido generalmente admitido, los últimos tiempos han dado lugar a un distinto *modus vivendi* gobernado por una serie de matices y complejidades tecnosociológicas que han provocado que -aunque en opinión no necesariamente mayoritaria- el axiomático principio de subsidiariedad resulte ser insuficiente ante nuevos fenómenos criminológicos, de carácter abstracto, que requerirán de la flexibilización de la tradicional y más *conservadora* regla de lesividad.

En este sentido, nuestra sociedad ha alcanzado unos rendimientos y consumos de tal escala que han favorecido el auge de riesgos, particularmente de orden tecnológico, *sin que pueda llegar a concretarse (...) la posibilidad de que deriven en un resultado de lesión o de peligro para bienes jurídico-penalmente protegidos*<sup>14</sup>. Ante este fenómeno que BECK desarrolla y SILVA introduce en la doctrina española, conceptuando nuestra sociedad como la *sociedad*

---

<sup>11</sup> CORCOY, M., *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (Coord, SILVA Sánchez), Uruguay, Ed. Montevideo, 2017, si estamos de acuerdo en que la pena cumple fines preventivos. En sentido análogo, *Op. cit.* MIR, *Derecho penal*, p. 117 a *sensu contrario*.

<sup>12</sup> STC 136/1999, de 20 de julio, 670/2006, de 21 jun., integran esta idea en el principio genérico de proporcionalidad y mínimo sufrimiento necesario del delincuente. De igual modo, VON LISZT, F. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II. P. 83.

<sup>13</sup> SSTs de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, y STC 18/1981, señalando que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado».

<sup>14</sup> Consejo General del Poder Judicial, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid, 2002. P. 16. Para más, MENDOZA BUERGO., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001. P. 25.

*del riesgo*<sup>15</sup>, las insuficiencias del Derecho penal clásico frente a estas hipertrofiadas eventualidades son evidentes. Pero si estamos de acuerdo en que en un Estado Social y de Derecho, el proceso de configuración de contenido material del bien jurídico va *parejo a la dinámica histórica de transformación del Estado*<sup>16</sup>, ello conlleva admitir la necesidad de protección de ámbitos abstractos pretéritamente no regulados<sup>17</sup> como, verbigracia, una Administración neutral, el mercado, o la ordenación del territorio; instituciones igualmente imprescindibles para alcanzar el bienestar individual.

Habida cuenta de su evidente pragmatismo, la problemática que se suscita es la legitimidad de la técnica legislativa frente estos nuevos fenómenos. *Id est*, los delitos de peligro abstracto, en que el contenido material del injusto no reside, en principio, en una efectiva lesión del bien jurídico, sino en su eventual puesta en peligro<sup>18</sup>. Aun tratándose de una cuestión polémica, admitir estos nuevos tipos delictivos no implica, a mi parecer, renunciar a la regla de lesividad del bien jurídico como baremo de legitimación del ius puniendi, toda vez que la intervención estatal en un Estado Social puede y debe estar presidida, además (aunque no exclusivamente), por criterios político-criminales, con el fin de implementar su función constitucional<sup>19</sup>.

1.5. La justificación teórica anteriormente sintetizada dista de ser pacífica en la doctrina, pues puede presentar ciertas prohibiciones de exceso (*Übermassverbot*). Así las cosas, ha venido

---

<sup>15</sup> Que, por otra parte, y si bien a efectos del presente trabajo se tomará como referencia una idea con vocación generalista, conoce su configuración en distintos modelos, a saber: el modelo institucional de BECK (el más eminente en esta materia), *Risikogesellschaft*, 1986; *Politik in der Risikogesellschaft*, 1991), el modelo fenomenológico de GIDDENS (*Modernity and Self-Identity*, 1991), el modelo sistémico de LUHMANN (*Die Moral des Risikos*, 1988, *Soziologie des Risikos*, 1991), y el modelo semiótico de MIRANDA (*La société incertaine*, 1986). Modelos que, a pesar de sus superficiales distinciones, no pueden considerarse totalmente incompatibles. Al respecto, PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993. P. 76 y ss.

<sup>16</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2003. P. 170. Así, *Op. cit.*, HORMAZABAL, *Bien jurídico y Estado social*, pp. 13 y ss.

<sup>17</sup> Bienes jurídicos de titularidad colectiva con la identificación, con carácter genérico, de la mayoría social como víctima del delito. Una conquista social como constituye el medio ambiente, tutelado desde una perspectiva antropocéntrica ex. art. 45 CE, así como, en materia de ordenación del territorio, asignándose las funciones de la propiedad al interés general por imperio del art. 33.2 CE. Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Ed. Civitas, 2001, P.52.

<sup>18</sup> Se encuentra un adecuado precedente a esgrimir en la SAP Cádiz (Sección 8ª) 68/2012, en materia de delitos de incendio. Reza que *el peligro (...) no es el necesario y el concreto (...) sino el potencial o abstracto*.

<sup>19</sup> Dotando al principio de subsidiariedad según algunos de un componente ético-descriptivo, por cuanto su configuración material no es sino el resultado de una constatación social empírica. Para más, Tiedemann, *“Verfassungsrecht und Strafrecht”*, Heidelberg, Müller, 1991. VIII, 85 S. OKart. *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, Schriftenreihe Heft 196. – Mit, p.52 y ss / 411.



señalándose que las modernas incriminaciones (inherentes al Estado social) respecto de situaciones anteriormente reguladas por el Derecho Civil, Laboral o Administrativo ponen en cuarentena el fundamento del principio de subsidiariedad, produciéndose consecuentemente la incriminación de *comportamientos prácticamente inocuos y alejados de la puesta en peligro* (relevante) del bien jurídico<sup>20</sup>, que es justamente el fundamento del ius puniendi estatal en materia penal.

Así, SILVA SÁNCHEZ<sup>21</sup> vincula la introducción de los nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras del Derecho penal<sup>22</sup>, cuestionando su inferencia en contextos cada vez más genéricos y universales, como la cuestión del medio ambiente, el patrimonio público o el blanqueo de capitales en relación al orden socio-económico<sup>23</sup>, traduciéndose en delitos de peligro abstracto en cuyo marco la conducta individual aisladamente considerada carezca de una intensidad relevante, por no ofrecer una lesividad concreta suficiente para el bien jurídico en concreto tutelado -requisito inexcusable para la aplicación de la pena a la luz de la obra de SILVA- sino un mero riesgo universalizado cuya concurrencia estadísticamente se presume<sup>24</sup>. Así, ha venido postulándose que *el derecho penal debe ajustarse rigurosamente a los postulados del Estado de Derecho y respetar a ultranza las tradicionales reglas de imputación*<sup>25</sup>.

A mi parecer, una ponderación pormenorizada de la premisa cumulativa, que será ulteriormente desarrollada en la exégesis del bien jurídico del 319 CP (véase *ut infra*, Cap. II,

---

<sup>20</sup> DE JUAN GARCÍA, Álvaro. *Tiranía bajo el escudo de la ley*, Diario La Ley, N. 9033, 4 de septiembre, ISSN 1989-6913, Nº 9033, 2017. Ed. Wolters Kluwer, en que el que escribe estas líneas argumenta la necesidad cartesiana de la existencia de estos tipos penales, pero reivindica al mismo tiempo su adecuada aplicación. Asimismo, BECK, U., *De la Sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica*, en RdO, n. 150, 1993, pp. 28 y ss.

<sup>21</sup> Cuya obra se ha prototípicamente seleccionado, siendo interesante destacar igualmente, y sin ánimo exhaustivo, la obra de HASSEMER, LÜDERSEN, FEIJÓO SÁNCHEZ, NAUCKE, ALBRECHT, PRITTWITZ, KARGL.

<sup>22</sup> *Ibidem*, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, p. 121 y ss.

<sup>23</sup> Resultaría una supina necedad argumentar que un blanqueo de capitales de menor entidad pudiera vulnerar el "orden socioeconómico", considerado su bien jurídico, a tenor de entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 6/2015 de 5 marzo. Caso Youkioske.

<sup>24</sup> Si bien autores como KUHLEN, L., *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, GA 1986, p. 389 y ss sostienen que es necesaria una posibilidad cierta y no en el mero terreno de las conjeturas de que la conducta se reitere universalmente de no establecerse una sanción penal para la misma.

<sup>25</sup> *Cit.* MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 2016. p. 81. La denominada "Escuela de Frankfurt", con el referente principal de HASSEMER, son partidarios de una concepción puramente individualista del bien jurídico desde la perspectiva de la tutela penal, restringiendo los ámbitos de actuación del Derecho penal a su ámbito "clásico". Para más, HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, en ZRP, 1992, p. 383 y ss.

S. 2.7), no permite acogerse a la misma, así como tampoco a las denominadas teorías del bien jurídico intermedio<sup>26</sup> que, por cuestiones estructurales, serán indirectamente abordadas. Estos tradicionales considerandos, por equívocos, deben fenecer pues parten de una premisa errónea que nos ubica en una situación de bloqueo, y es el carácter inmaterial del bien jurídico que acontece según los mismos. Resulta inexcusable, antes bien, acoger la premisa de que los bienes jurídicos protegidos por delitos de peligro sí tienen un objeto material como sustrato que puede ser dañado, ‘afectado’.

CORCOY, con alcance meramente ejemplificativo, ofrece una propuesta de revisión que pasa por la dotación de autonomía científica respecto de los bienes jurídicos colectivos; ‘sin retroreferencia a intereses individuales<sup>27</sup>’ como mera *ratio legis*, dotando a los delitos socioeconómicos de esta manera de un objeto material que opera como referente de lesividad concreta, obligando a abandonar lugares comunes de la índole de la teoría de la acumulación, el adelantamiento de la barrera punitiva del Estado o, con carga semántica negativa, el Derecho penal simbólico. Lo hace exigiendo la concurrencia de la comprobación empírica de la afectación al bien jurídico colectivo producida por un riesgo evaluado en el caso concreto (pues la lesividad es el elemento clave de la antijuridicidad material y no debería limitarse solamente a los delitos de resultado).

Si entendemos que la antijuridicidad material se integra en el tipo de acción<sup>28</sup>, y que es una categoría que admite graduación en función de la estructura de cada tipo delictivo<sup>29</sup>, quizás debería renunciarse a la concepción naturalista de la lesión, en tanto que alteración causal del mundo externo, o nociones como la desobediencia de la norma. Si se admite como válido que el fundamento del ejercicio del *ius puniendi* reside en la lesión de un bien jurídico, y que en

---

<sup>26</sup> Pues, a mi parecer, de conformidad con las cuales no existiría un referente individualizado de lesividad material concreta, conformándose el bien jurídico colectivo como una mera *ratio legis*, ya que las exigencias del tipo no se refieren al bien jurídico colectivo, sino que la antijuridicidad material sigue construyéndose sobre la base del interés individual personalista indirectamente tutelado. Sus principales exponentes TIEDEMANN y SCHÜNNEMANN: SCHÜNNEMANN, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fashlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, pp. 793 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Compatibilidad entre un Derecho Penal mínimo y la protección de bienes jurídicos colectivos*, 89-120, Revista CENIPEC, 2011, p. 7, y STRATENWERTH, "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts", ZStW (105) 1993.

<sup>28</sup> Al respecto, cit. CASAS HERVILLA, J. *El desvalor material de la acción: Una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2014. P.130; ‘A su vez, el tipo de acción se descompondría en dos subcategorías: en primer lugar, la tipicidad en sentido estricto, y en segundo lugar por la antijuridicidad material de la conducta (pretensión de ofensividad de la acción)’.

<sup>29</sup> ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Pp. 257 y ss.

un Estado Social los bienes jurídicos supraindividuales son configurados en base al análisis de la realidad social, su lesión no puede sino determinarse en el mismo plano<sup>30</sup>.

De esta manera, la lesión del bien jurídico supraindividual (pauta en sentido genérico, que lógicamente no comprende cada uno de los delitos comprendidos en Parte Especial) puede entenderse, en clave de dañosidad social, como la ‘‘afectación’’ al valor funcional del sistema global que ese tipo penal en concreto está llamado a tutelar (*Funktionsstörung*<sup>31</sup>); lesión entendida como perturbación de la función social de los bienes jurídicos para la convivencia. Ello, como se observará en el siguiente capítulo, trasciende de lo meramente conceptual y entraña unas destacadas implicaciones prácticas (véase *ut infra* Cap. II, S. 2.4).

1.6. En definitiva, resulta inexcusable la revisión de las estructuras típicas, reinterpretando la regla de antijuridicidad material, para hacer posible la adaptación de los nuevos bienes jurídicos supraindividuales a las exigencias dogmáticas de nuestro sistema.

Deviene inexcusable, además, desdejar el estigma de la relativización del principio de subsidiariedad. En méritos de las doctrinas clásicas se ve reforzada una visión utópica (‘‘decimonónica’’<sup>32</sup>) del derecho penal en tanto en cuanto la protección de los bienes jurídicos supraindividuales resulta, desde una perspectiva de política criminal, un éxito cartesiano en cuanto a la idoneidad de la pena para la protección de las necesidades de índole colectiva<sup>33</sup>. No puede negarse, de esta manera, la notoria, manifiesta y proverbial eficacia de la intervención penal en el ámbito urbanístico<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Así, Vid. *op. cit.* SOTO, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, pp. 318 y ss.

<sup>31</sup> En esta línea, AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M. 1972, p. 387, cuando identifica el daño social con la turbación de un concreto proceso de interacción con significado funcional.

<sup>32</sup> MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Corso di Diritto penale*, 1. Milano, 1995. P. 192

<sup>33</sup> BARATTA, A., *Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, en Strafgerechtigkeit*, FS-Kaufmann, Heilderberg, 1993, p. 397.

<sup>34</sup> No pueden desatenderse las apreciaciones desde amplios sectores doctrinales acerca de la intervención penal en este ámbito en el derecho comparado (*exempli gratia*: DE LA MATA, N., DOPICO, J., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Ed. Dykinson, 2018. P. 633). Efectivamente, en Estados vecinos como Francia se ven tipificados en el Código de Urbanismo (*Code de l’Urbanisme*) con penas de multa, o en Italia, donde se incluyen en leyes sectoriales. En este sentido, no resulta anecdótico traerse a colación el clásico ejemplo de Alemania, donde los delitos urbanísticos, *per se*, ‘‘no existen’’. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico se adapta a la sociedad cuya convivencia pretende regular, *customizándose a su realidad social concreta* (DE JUAN GARCÍA, Álvaro, ‘‘Tiranía bajo el escudo de la ley’’. Diario La Ley, Nº 9033, 4 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2017). Desde esta orientación genérica del Derecho, ejercicios comparativos de tal naturaleza resultan inadmisibles. Ello se debe al hecho de que en Alemania carece de justicia penal en materia urbanística ya que la normativa penal es suficiente. Orientativamente, MORILLAS CUEVA, L., (Coord.) *Urbanismo y corrupción política*, Madrid, Ed. Dykinson, 2013. P. 208 y ss.

Uno de los fundamentos morales de la filosofía del Derecho ha sido siempre la tensión entre la validez axiológica y la validez formal de las normas jurídicas -normativismo y referentes en clave metapositiva- y es así cómo ha avanzado la dogmática penal, particularmente en materia económica, frente a los nuevos retos, en este caso trascendentes de las tesis del Derecho penal que podríamos denominar ‘clásico’ (en este sentido, FERRAJOLI y el *utilitarismo penal reformado*<sup>35</sup>).

*Ergo*, es necesaria la flexibilización o, mejor dicho, la adaptación de la dogmática naturalista a los desafíos modernos<sup>36</sup>, que no es *nihil novum sub sole*, como ya ocurrió con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y se está ya hablando *inclusive* del Derecho penal de la robótica<sup>37</sup>. Como el ‘enfermo imaginario’ de Molière, estas habrían sido en su momento figuras jurídicas imaginarias.

Quizás es importante -diría, imprescindible-, no limitarse a evidenciar una hipotética quiebra de las tesis más garantistas del Derecho penal clásico, acotando el radio aplicativo de los delitos socioeconómicos hasta su perecimiento y excluyéndolos del ámbito de tutela penal del Estado; sino que hay que dar un paso más allá en el sistema -un paso que, por lo general, ha sido poco explorado- y, como animales racionales (en términos aristotélicos) huir de este edificio con forma de cúpula en el que nos encontramos, abovedado por la dogmática naturalista, y buscar nuevos entornos de concreción de los bienes jurídicos supraindividuales en orden a preconizar y estructurar delitos socioeconómicos, como posteriormente tratará de evidenciarse, respetuosos con los principios de lesividad, cuya punición no puede verse desplazada al albur o el capricho del destino.

---

<sup>35</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Ed. Trotta, 1995. P. 321 y ss. Así, *op. cit.* DOPICO, *Derecho Penal Económico*, P. 633 apelan a una noción relacional entre necesidad y merecimiento de la pena, que ha venido aceptándose *sin mayor controversia*.

<sup>36</sup> Para más, DE JUAN GARCÍA, Álvaro. *Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad de los programas de Compliance penal*, en Noticias Jurídicas, Sección Doctrina, en 26 de octubre de 2018, donde este autor denuncia las dificultades que presenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito procesal o técnico-jurídico a la luz de la jurisprudencia y la legislación vigente.

<sup>37</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La robótica ante el derecho penal*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2017.

## 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 319 C.P.

En las conclusiones en el apartado antecedente evacuadas se ha propuesto, *grosso modo*, la asignación de una condición a los bienes jurídicos supraindividuales: su materialidad<sup>38</sup> como parámetro esencial al objeto de garantizar la legitimidad axiológica de la injerencia punitiva. Lo anterior resulta transcendente en orden a delimitar el objeto digno de tutela verdaderamente protegido bajo la -considerada por muchos<sup>39</sup> como caótica- rúbrica de los delitos ‘*contra la ordenación del territorio*’, ex. art. 319 CP.

2.1. La ontogénesis que ha tenido lugar en la doctrina en aras de la determinación del extraordinariamente discutido bien jurídico subyacente en el 319 CP no se resume a la mera retórica o artificiosidad, pues fruto de esta discusión, en realidad, no solamente podrá inferirse la legitimidad de la injerencia penal en dicho ámbito, sino asimismo podrá hallarse criterios de diferenciación entre el ilícito penal y el administrativo.

A tal efecto, cabe empezar subrayando un importante sector doctrinal que incurre en una interpretación formal<sup>40</sup> del bien jurídico, de suerte que lo identifica con la normativa reguladora de la ordenación del territorio. Así, MUÑOZ CONDE, señala que *en las distintas modalidades del delito urbanístico existe un específico bien jurídico protegido representado por el cumplimiento de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida*<sup>41</sup>, identificando *de facto* la tipificación penal de ciertas conductas como un refuerzo de la normativa administrativa, a la que se acude mediante el recurso de la norma penal en

---

<sup>38</sup> En sentido crítico con este planteamiento, entre otros, Oo. MATA Y MARTÍN. R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada, Ed. Comares, 1997, y la relación de *complementariedad* del bien colectivo según los postulados personalistas.

<sup>39</sup> Ejemplificativamente, RODRIGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado con jurisprudencia*, 2nda ed. 2007. p. 1270

<sup>40</sup> Entre otros, BOIX REIG. J./JUANATEY DORADO, C., en VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ra ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. P. 626; LOPEZ RAMON, F., *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, Pamplona. Aranzadi, 1995. P.54; GARCÍA MARTÍN, L., *Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del Código Penal, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable las parcelaciones ilegales y el nuevo Código penal*, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997. p. 191; ALONSO ÁLAMO, M., *Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo*, Cuadernos de la Guardia Civil, 1997. núm. 17, p. 72; CATALAN SENDER, J., “*El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del Derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo*”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, 1998. Madrid, pág. 563; VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística, aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, ed. Colex, 2002. p. 58 y ss, y la ATC 395/2004, que identifica con cierto automatismo el bien jurídico con el interés en preservar la regulación de la ordenación del territorio.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. P. 496.

blanco<sup>42</sup>.

Recuérdese en esta materia la normativa marco, caracterizada por la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de Territorio, Urbanismo y Vivienda, con su lógica implicación; la sectorialización normativa a nivel territorial, no agotándose la regulación en la *Ley del Suelo* propiciada por cada CCAA (*exempli gratia*, la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de ordenación urbanística de Andalucía, o la Ley 1/2010 de 3 de agosto, del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña), sino en concurrencia con los reglamentos, decretos e instrucciones que los desarrollan, incluso a nivel municipal; además de una latente normativa estatal. En definitiva, se entiende la legalidad de la actividad urbanística (altamente fragmentada); la ‘ordenación’ misma, como el bien jurídico tutelado.

2.2. Por otra parte, existe un sector doctrinal -abrumadoramente mayoritario-, que se sustrae de la concepción formal del bien jurídico colocándola en sus postrimerías, y sugiere una tesis material, distinguiendo que el verdadero bien jurídico custodiado por el tipo penal se identifica con el uso racional del territorio<sup>43</sup>.

SUÁREZ-MIRA, con alcance ejemplificativo, defiende que el bien jurídico es *la ordenación del territorio entendida en sentido material y no formal*<sup>44</sup>; en otros términos, los concretos valores que latentemente sustentan esa normativa a la que la norma se refiere en sentido directo. Se trata de una postura que no puede apriorísticamente calificarse de infundada, a la vista de su convivencia pacífica con los preceptos materiales derivados de la Constitución, a saber; el artículo 45.2 de la Constitución, que imperativamente erige *la utilización racional de todos los recursos naturales*; además del artículo 47 de nuestra Norma Suprema, que impone la utilización del suelo de acuerdo con los intereses generales.

A mayor abundamiento, DOPICO<sup>45</sup> se refiere al bien jurídico tutelado por el 319 C.P. como la ordenación del territorio vinculada al uso racional del suelo (e incluida en un concepto

---

<sup>42</sup> De modo crítico con la técnica legislativa basada en la tipificación ambigua como peligro para el principio de tipicidad, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., / AGUADO I CUDOLÀ, V., *Derecho administrativo sancionador. Materiales*. Barcelona, Ed. Cadecs, 1995. P. 60 y ss.

<sup>43</sup> RODRIGUEZ LOPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 2007. p. 43.

<sup>44</sup> SUÁREZ-MIRA, R., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II*. Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2018. pp. 506 y ss.

<sup>45</sup> NIETO, A. / DE LA MATA, N. / DOPICO, J., / LASCURAÍN, J. A., *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid, Ed. Dykinson, 2018. P. 636.

amplio de ambiente referido no sólo a aspectos físicos; referencia genérica que por limitaciones de extensión no se entrará a valorar. *Vid.* las STS de 26 de junio de 2001, y ATC 395/2004).

Esta postura es, además, plenamente coherente en relación a la Reforma Penal del 2010, anteriormente a la cual en cualquier caso, *de facto* podía inferirse que el desvalor de la conducta se limitaba a la vulneración de la normativa administrativa<sup>46</sup> -resulta fundamental, como más tarde en este estudio se hará constar, entender que esto no puede ser así-.

Ante esta situación, y durante los primeros años de vigencia del Código Penal del 1995, la incriminación de conductas de escasa entidad llevó a la jurisprudencia a la *interpretación de los elementos del tipo y del principio de insignificancia*<sup>47</sup> a fin de excluir el reproche penal. Tanto doctrina como jurisprudencia<sup>48</sup>, casi de manera incontrovertida, habían venido entendiendo que el castigo de conductas contrarias a la mera legalidad administrativa resulta manifiestamente ilegítimo de acuerdo con los principios garantistas establecidos en el primer capítulo de este trabajo.

Ello cristalizaría, en aras de una verdadera *protección del entorno y no de la normativa*<sup>49</sup> con la substitución del término ‘no autorizado’, configurado como elemento esencial del tipo en la pretérita redacción, por ‘no autorizable’, expresión cuya consolidación no es caprichosa o arbitraria, pues permite de la exclusión de tipicidad de aquellas conductas que, si bien consumada en su literalidad la obra sin la preceptiva licencia o autorización, de haberse esta

---

<sup>46</sup> Derogada redacción del pretérito 319.1 C.P: “Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., (Coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid, Ed. La Ley, 2012. P 494.

<sup>48</sup> Al respecto, la SAP Sevilla de 22 de diciembre de 2006, y la Circular 7/2011 de la Fiscalía General del Estado.

<sup>49</sup> QUERALT, J., *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona, Ed. Atelier, 2010. P. 1087: “Parece que, en primer término, al hablar de bien jurídico penalmente protegido, no resulta descabellado hablar de calidad de vida a la hora de limitar el derecho de propiedad inmobiliaria en aras de potencias aspectos de bienestar general (...) De este modo, la protección jurídico penal que aquí nos ocupa protege el conjunto de actuaciones sobre el auténtico medio ambiente del hombre moderno: la urbe y, por extensión, el territorio que le permite asentarse para vivir y progresar. Se trata, pues de proteger el entorno y no la normativa; de ahí el carácter colectivo de este bien jurídico y no individual, sustrayéndonos, además, al conferirle un carácter material a un mero delito de desobediencia por desatención de la norma”, en cuyo caso es pacífico que la intervención penal no tendría sentido. En sentido análogo, *Cfr.* DE LA MATA, N., *Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la Reforma de la LO 5/2010*, en *Cátedra Cantabria* 2010, Jun. 2011, *passim*.

solicitado, se hubiere concedido. Si bien el esfuerzo en materia urbanística en orden a restringir el ejercicio del Derecho penal respecto de ilícitos especialmente graves, según algunos, *no se ha implementado del todo*<sup>50</sup>, la reforma del 2010, unificando criterios, constituye un paso en este sentido. La comprensión de este concepto será fundamental para abordar el Tercer Capítulo.

A la fecha, no es exótica y ha venido aceptándose sin mayor controversia esta postura en la jurisprudencia, sometiéndose la misma en última instancia al principio de intervención mínima como *ut supra* se ha definido (véase Cap. I, S. 1.3). Así, el Tribunal Supremo (STS 529/2012, de 21 de junio) reza: ... *en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística - un valor meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales (...) es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general*<sup>51</sup>, aun cuando con carácter general la conducta coincidirá con una infracción de la legalidad urbanística<sup>52</sup>. Para más abundamiento, la anterior doctrina jurisprudencial ha sido ampliamente reiterada por las Audiencias Provinciales. En esta línea, la SAP Pontevedra 325/2012 de 5 de septiembre como la *"utilización racional del suelo (...) orientado a los intereses generales" (...) es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general*. Asimismo, las SSAP Córdoba 135/2012 de 9 de abril y Alicante 597/2002, de 25 de noviembre y Sevilla 579/2015 de 9 de diciembre.

En suma, la repulsa del criterio formalista -presidido por la noción del bien jurídico en tanto que lineal tutela de la legalidad administrativa- conduce a adoptar por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria una tesis material, consecuencia de la supuesta interpretación del

---

<sup>50</sup> *Op. cit.* DOPICO, *Derecho penal económico*, p. 636, en relación al principio de intervención mínima circunscrito en la materia que nos atañe. Pues según ciertos sectores de la doctrina, el fracaso del Derecho administrativo en materia de urbanismo no atañe tanto a la incapacidad de regular el sector urbanístico, sino al déficit de voluntad política de aplicación del régimen sancionador urbanístico.

<sup>51</sup> Analógicamente, las SSTS 1250/2001 de 26 de junio; 363/2006 de 28 de marzo

<sup>52</sup> Al respecto, es cierto que ello (así como otras figuras equivalentes de creación *ex novo*) ha colocado el principio *ne bis in idem* como epicentro de la controversia. En lo que nos interesa, esta cuestión viene regulada por el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, como ya lo solucionaba la disposición derogatoria única de la Ley del Suelo y Valoraciones 6/1998 respecto del artículo 133 de la decaída Ley 30/1992 del Procedimiento Administrativo Común, que recogía en gran parte la jurisprudencia constitucional al respecto. Para más, MORALES, F./ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 10ed, Pamplona, Ed. Thomson Aranzadi, 2016, p. 29.



artículo 319 C.P. a la luz de parámetros más rigurosos y garantistas, protegiéndose el valor material de la ordenación del territorio en tanto que utilización racional del suelo orientado a los intereses generales.

Esta reflexión, de nuevo, no es gratuita, sino que ha presentado unas consecuencias prácticas transcendentales, pues ha servido para la declaración de atipicidad de ciertas conductas por no revestir suficiente lesividad para el bien jurídico protegido por la norma. Sin ánimo exhaustivo, la atipicidad de la construcción de una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, sin licencia, por concurrir *de facto* en un núcleo urbano ya consolidado, lo cual según cierto sector de la jurisprudencia denota una ausencia de un *plus* de degradación del territorio (SAP Córdoba 135/2012 de 9 de abril, y la SAP Valencia 234/1999, de 6 de mayo); anecdóticas extralimitaciones volumétricas en 25 metros del altillo que, aún siendo contrarias a la normativa administrativa vigente, carecen en su repercusión de una gravedad suficiente en la configuración del entorno en el cual se asientan (SAP Alicante 597/2002, de 25 de noviembre, y la SAP Tarragona 558/2012); una casa antigua y preexistente construida de manera contraria al Plan General, pero en trámites de legalización con licencia del Ayuntamiento a efectos de reparaciones (AAP Cantabria 94/2003, de 22 de diciembre); etcétera.

2.3. Si bien les asiste «algo de» razón a cada una de las hipótesis a las que anteriormente se ha aludido, no deja de ser cierto que ambas adolecen, a mi parecer, de posibles lagunas dogmáticas, que en su momento tratarán de ser subsanadas.

Por ahora, tanto la doctrina mayoritaria como una generalizada jurisprudencia han adoptado como axiomática, a mi parecer, una dicotomía equívoca, reduciendo el debate a dos opciones diametralmente opuestas<sup>53</sup> *ergo* pasando por alto posibles alternativas (o bien destinando al terreno de las conjeturas algunas soluciones intermedias que se han administrado, de orden minoritario, que por limitaciones estructurales no serán objeto de tratamiento<sup>54</sup>).

---

<sup>53</sup> WESTON, A., *Las claves de la argumentación* (trad. Mar Vidal). Cambridge, Ed. Ariel, 2011. P. 116.

<sup>54</sup> Algunos han venido entendiendo el bien jurídico sujeto a salvaguarda por parte del legislador en el artículo 319 CP como el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo. Esta propuesta puede verificarse en la obra de VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística*, Madrid, Ed. Colex, 2002., y se infiere del trabajo de CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, varios autores. Madrid, Ed. Trivium, 1997. Tomo II, p. 3197 y ss.

2.3.1. La idea de que el bien jurídico tutelado por el 319 CP nos remite a la mera legalidad administrativa en el ámbito urbanístico deviene inadmisibile.

A mi parecer, este razonamiento se encuentra huérfano de un fundamento adecuado desde una perspectiva valorativa, e incluso en relación a los principios generales de Derecho y los valores constitucionales.

Las arduas dificultades que presenta esta suerte de protección de la ordenación del territorio residen en su ubicación de la legitimidad material de la pena en la mera constatación de la vigencia de la norma urbanística que ha sido contradicha<sup>55</sup> -conjetura más propia del funcionalismo sistémico (JAKOBS)-, con la premisa en mano de que ello es necesario para el aseguramiento del sistema urbanístico y las expectativas colectivas en el mismo (lo que DURKHEIM llamaría, con sus matices, el *factor de estabilización social*<sup>56</sup>).

Si esto es así, ello permite reconducir al planteamiento que arbitra que el concepto de ordenación racional del territorio constituye una entidad totalmente abstracta, instrumental y desprovista de referentes axiológicos<sup>57</sup>, al contener un significado valorativo ‘neutral.’ - vacío de contenido- a efectos del caudal incriminatorio.

Más allá de otras posibles discrepancias<sup>58</sup>, la pena prevista para los delitos urbanísticos, a mi juicio, no puede justificarse por su *función para el sistema social* como la concebían los teóricos más formalistas, *id est*, en tanto que trasgresión de la normativa administrativa urbanística ‘necesaria’ que regula la ordenación del territorio. Este vicio inevitablemente nos conduce a un confusionismo inconciliable entre observancia de la norma concreta con su bien

---

<sup>55</sup> JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en la teoría de un derecho penal funcional* (Trad. M Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 18. Adicionalmente, *op. cit.* JAKOBS., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, passim*.

<sup>56</sup> *Op. cit.* Cit. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 276.

<sup>57</sup> Por el contrario, se ha convenido en que, como señala VIVES ANTÓN (*Fundamentos del sistema penal, Acción Significativa y Derechos constitucionales*, Valencia, 2da Ed., 2011. p.829) que el bien jurídico no se concibe como un proceso impositivo; no son los que el legislador mediante un proceso de selección - supuestamente democrático- haya seleccionado, sino que concibe el bien jurídico en términos de justificación, como una razón o conjunto de razones; como un proceso de justificación racional de la limitación de la libertad, en virtud del cual lo que se pretende es determinar las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y al pena (Vid. Cit. MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico*, p. 156)

<sup>58</sup> Disidencias particularmente relativas a la escasez de criterios de selección de la protección del “urbanismo y la ordenación del territorio” frente a otros instrumentos de control social (en otros términos, ¿por qué la pena para estabilización de expectativas, y no otro instrumento, como la sanción administrativa?). Para más, SCHÜNEMAN, B., en ZIESCHANG, F., *Tagungsbericht. Diskussionbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock*, ZStW, 107, 1995. Pp. 926 y ss.

jurídico protegido, algo que clásicamente ilustraría WELZEL<sup>59</sup>. En este sentido, y como se ha anticipado en el capítulo introductorio (Véase el Cap. I, S. 1.3), la distinción entre norma positiva y bien jurídico no puede desatenderse<sup>60</sup> o subalternarse, so pena de incurrir en la falacia naturalista evidenciada -entre otros- por Moore<sup>61</sup> confundiendo el ser con el deber ser, en términos de lógica filosófica. Todo lo que es cultural, esto es, configurado en base a la realidad social, es ontológicamente variable. Es por ello por lo que son posibles los actuales análisis en clave de antijuridicidad material e inadmisibles las constantes retro-referencias de orden positivista.

Se requiere, en definitiva, y más allá del genérico quebrantamiento del mandato administrativo, que no es suficiente por sí mismo<sup>62</sup>, un *plus* adicional que encuentre su fundamento en criterios de justicia material.

2.3.2. Sin desmerecer la literatura científica al respecto, mayores dificultades dogmáticas encuentra la más consensuada tesis material del bien jurídico que subyace en el 319 C.P.

Partimos de la base de que el bien jurídico no es intangible en su esencia (de lo contrario, el funcionalismo sistémico sería axiológicamente válido); antes bien, se debe referir al desvalor del resultado mediante la *lesión* del objeto existencial desde una perspectiva de antijuridicidad material<sup>63</sup>. Por si alguna duda existe sobre ello, el propio Tribunal Constitucional (entre más, la STC 24 de febrero de 2004) arbitra que en la interpretación de los tipos delictivos debe atenderse a los principios generales limitadores del ius puniendi, que excluyen del ilícito penal meramente formal que penalice el cumplimiento de un mandato administrativo, estableciendo un principio de protección del bien jurídico frente a aquellas conductas que sean consideradas suficientemente lesivas para el mismo.

---

<sup>59</sup> Cit. WELZEL, H., *Studien zum System des Strafgesetzes*, ZStW 58 (1939), p. 512, n. 30: "No tiene ningún sentido afirmar que la norma 'no debes hurtar' es el bien jurídico del 242 StGB, aun cuando la observancia de la misma se proteja por medio de la sanción penal (...). Un concepto útil de bien jurídico sólo se alcanza si se identifica éste no con aquello que debe protegerse por la pena, sino sólo con aquello que por medio de la norma, esto es, por medio del mandato o prohibición, debe ser protegido. La sanción penal del 242 StGB protege la norma 'no debes hurtar', pero la norma del 242 StGB protege el patrimonio".

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, *op. cit.* AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M. 1972, p. 194 y ss.

<sup>61</sup> HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*. Trad. Félix Duque. Madrid. Ed. Editora Nacional, 1977. Pp. 689-690.

<sup>62</sup> Al respecto, PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990. Madrid. P. 52 y ss. En la misma línea, *Op. cit.* SOTO, *La protección penal*, p. 28.

<sup>63</sup> *Op. cit.* MIR, *Parte General*, p. 127 y ss.

Esta regla básica de ofensividad pudiera no ser respetada, a mi parecer, en la concepción actual del bien jurídico de la ordenación racional del territorio.

Tal es el caso, que sólo me cabe formular una pregunta: ¿Una obra ilegal de construcción de una explotación agrícola (aisladamente, y por mucho que trascienda de las limitaciones de la correspondiente autorización, o de que se hubiere construido en una zona de especial protección) resulta idónea para la puesta en peligro de la utilización racional del territorio globalmente considerada?

Afirmar que esto es así sería, cuanto menos, controvertido<sup>64</sup>. Por el contrario, el criterio decisivo para la elevación de la sanción administrativa a reproche penal en este género de conductas no contempla aisladamente el concreto desvalor de la acción a los efectos de valorar la ofensividad de la misma para el bien jurídico, más, como mucho, la posible generalización de estos comportamientos a gran escala.

Esta lógica ha venido reconociéndose por la doctrina española como la Teoría de la Acumulación (*Kumulationsdelikte*<sup>65</sup>); esto es, la exclusiva ponderación -al margen de una valoración de la antijuridicidad material del hecho específico, que es *per se* no suficientemente antijurídico- de la transcendencia general de este tipo de conductas de manera generalizada; ‘‘cumulativamente’’.

Esta lógica, solamente bajo la cual es sostenible la tesis material de los delitos contra la ordenación del territorio -a mi juicio, y toda vez que el Tribunal Supremo haya ocasionalmente aseverado lo contrario en algunas de sus resoluciones<sup>66</sup>- no puede suscribirse a la luz de los presupuestos irrenunciables para la intervención del Derecho penal, tales como el principio de culpabilidad o de fragmentariedad penal.

---

<sup>64</sup> También lo admitió en materia de delitos socioeconómicos KUHLEN, *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, GA, 1986., p. 399 y ss.

<sup>65</sup> *Op. cit* SILVA, *La expansión del Derecho penal, passim*. Además, SEELMANN, O., *Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietat des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten*, en ORSI/SEELMANN/SCHMID/STEINWORTH (Hrsg.), «Gerechtigkeit», Frankfurt, 1993, pp. 109 y ss; KUHLEN, *Umwehstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, «ZStW», 105 (1993), pp. 697 y ss.

<sup>66</sup> STS 1127/2009, de 27 de noviembre: “Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Ultima Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones”, así como la SAP Santa Cruz de Tenerife 180/2014, de 2 de abril.

2.4. Ninguna de estas inquietudes es nueva, si bien se ha prestado menos atención a la elaboración de sus posibles soluciones<sup>67</sup>. En otras palabras, admitiendo algunos de los presupuestos en el diagnóstico de SILVA, no se comparte su remedio.

Según SILVA, la expansión del Derecho Penal, consecuente a la creación de delitos de tipo abstracto, se debe a la perversión del aparato estatal, pues se habría venido a producir una suerte de *administrativización*<sup>68</sup> del Derecho penal y un desplazamiento de la compleja problemática social al ámbito del mismo. Es por ello que propone una triple vía<sup>69</sup> en que el *fenómeno expansivo del Derecho penal habría de ser, sin más, reconducido al Derecho administrativo sancionador* o cuanto menos a una vía intermedia entre éste y el Derecho penal tradicional.

En un plano político-criminal, a mi parecer, esta solución es incompatible con la noción del Estado Social (*sozialer Reechstat*). Si convenimos en que la finalidad del Estado Social - como encarnador y orientador del sentido de las normas jurídicas que se aprueban- es velar por los intereses generales en la ordenación urbanística, no cabe duda alguna de que la tutela del urbanismo merece implicaciones penales.

Esto es así ya que los cambios y modificaciones del planeamiento -particularmente en el ámbito local-, van en consonancia con la realidad socioeconómica de cada municipio, contribuyendo a una composición armónica de la ordenación territorial en beneficio del conjunto de la ciudadanía; solventando problemas como la despoblación y el declive de actividades secundarias y tendiéndose, entre otros efectos, al crecimiento demográfico unido al crecimiento económico, y a la dinamización de los municipios. Es de tal importancia que TRAYTER define la normativa urbanística como la garante de la asociación entre norma y realidad social<sup>70</sup>; conceptualización, ésta, ya admitida por el legislador en el Proyecto de

---

<sup>67</sup> *Op. cit.* DE JUAN, *Sobre el elemento de idoneidad*.

<sup>68</sup> ARROYO ALFONSO, M. S., *Apuntes sobre la administrativización del Derecho penal del medio ambiente*, en Actualidad Jurídica Ambiental, Sección Artículos Doctrinales. 1 de octubre de 2018: "El empleo del Derecho penal en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho administrativo, especialmente en lo relativo a la gestión de riesgos derivados de la complejidad técnica de las sociedades actuales, relegando el principio de intervención mínima, es una manifestación del fenómeno denominado "expansión" del Derecho penal. Este se ve impelido a modificar sus presupuestos clásicos de aplicación, con la finalidad de poder adaptarse a la punición del riesgo exigida por los tipos penales surgidos de la tendencia expansiva...". Adicionalmente, PAREJO ALONSO, L.; *"La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática"*, en D.A. Revista de Documentación Administrativa, nº 284-285, mayo-diciembre, pp. 273-304.

<sup>69</sup> *Op. cit.* SILVA, *La expansión del derecho penal*, p. 149 y ss; sobre la imposibilidad de volver al «viejo» y buen derecho penal liberal («*gutes, altes liberales strafrecht*»)

<sup>70</sup> TRAYTER, J. M., *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, 3ra Ed, Pamplona, Ed. Thomson Aranzadi, 2008. Pp. 38 y ss.

Código Penal del 1980, cuando en su Exposición de Motivos, señaló que la persecución de la delincuencia urbanística se trata de una demanda de la colectividad; es decir, una respuesta al fracaso del Derecho administrativo como método de tutela para desactivar la eventual deriva especulativa.

A nivel jurídico, cabe determinar en qué términos ello es posible, pues las propuestas funcionalistas en clave político-criminal no necesariamente implican el desplazamiento al albur del elemento axiológico, pues acuden a una reinterpretación acerca de qué puede entenderse como el menoscabo material del bien jurídico.

En este sentido, existe un matiz de orden tautológico apreciable en la lógica cumulativa.

Mientras que el discurso de resistencia frente al fenómeno expansivo del derecho penal concibe en términos generales la lesión del bien jurídico como su destrucción total, cuando hablamos de lesión, debemos hacerlo en términos de ‘afectación’, ya que lo contrario conduciría al absurdo pues ninguna acción, por si sola, puede resultar de manera empírica y de todo punto destructiva para un bien jurídico, sea este colectivo, pero también individual, dada la genérica configuración de los mismos. Plantear que un blanqueo de capitales aislado no cumple con la regla de lesividad respecto del orden socioeconómico resulta equivalente a declarar que cualquier coacción a menor escala no vulnera la libertad física global de una persona, o que un hurto en concreto no puede ser susceptible de lesionar el patrimonio entero de un sujeto.

Pero ante el sufrido silencio en que las posibilidades dogmáticas se agotan, deben entretenerse aquellos sutiles rumores que hacen posible la creación de nuevas dimensiones, que omitan tanto los rigores del calvario formalista como las laxitudes de las corrientes materiales. En este caso, entendemos que el Estado Social parte de la plena garantía de derechos y de un nivel de vida necesario para con los ciudadanos y su plena participación en la vida pública. Si esto es así, ello incide en un aspecto de los más importantes en la teoría del delito; en el principio de lesividad<sup>71</sup>, y este no se limita a una noción meramente naturalística,

---

<sup>71</sup> HORMAZABAL M., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del profesor Jose Manuel Valle Muñiz*; QUINTERO OLIVARES, G., / MORALES PRATS, F., (Coord.), Navarra, Ed. Aranzadi, 2001. Pp. 1421 y ss: el principio de protección de bienes jurídicos como criterio político-criminal delimitador del ‘ius puniendi’ estatal, se precipita en la teoría del delito en el principio de lesividad: solo habrá injusto en tanto que se haya producido la afección de un bien jurídico.

sino que puede entrañar un significado de carácter valorativo<sup>72</sup>; y éste no puede sino determinarse conceptualmente, como ya se ha adelantado con anterioridad, mediante su afectación en la realidad social.

2.5. Rechazadas las clásicas premisas y sentadas las anteriores bases, se dan las condiciones que son menester para la discusión científica entorno la configuración del bien jurídico objeto de amparo en el artículo 319 C.P.

A título de consideración preliminar, el atropellado concepto de '*ordenación del territorio*', aún en cierto modo concretado por la jurisprudencia, se revela ambiguo en exceso<sup>73</sup>, siendo asociable a lo sumo con una mera *ratio legis*<sup>74</sup>, dando lugar esta naranja mecánica a un juego de abalorios dogmático en que muchos autores lo han desechado -sin contradecirlo- y adoptado una concepción propia<sup>75</sup> *sui generis*.

Dicho lo anterior, resulta inevitable en aras de la concreción material del bien jurídico urbanístico, ahondar en qué se entiende por los genéricos conceptos de urbanismo y ordenación del territorio, mediante un estudio comparativo (prácticamente inédito en la doctrina española, pero con unos matices muy enriquecedores) sobre la relación entre ambos desde una perspectiva constitucional, penal y administrativa; sectores que llegan a distintas conclusiones.

2.5.1. En primer lugar, y muy resumidamente, podemos establecer una relación entre ambos desde una perspectiva constitucional, basada en cuestiones de distribución competencial<sup>76</sup>. La Constitución preceptúa, en su artículo 148.1.3, la competencia de las CCAA en ambas

---

<sup>72</sup> HONIG, R.: (1930), *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Frank Festgabe*, Tübingen. Y TIEDEMANN, K., "*Verfassungsrecht und Strafrecht*", Heidelberg, Müller, 1991. VIII, 85 S. OKart. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 196. – Mit, p.411 y ss.

<sup>73</sup> En sentido crítico por su inequívoca inexpresividad lingüística, GORRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 474; CASTRO BOBILLO, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, p. 405; SANCHEZ MARTINEZ, *Delitos contra la ordenación del territorio*. p. 676; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, p. 29; RODRIGUEZ RAMOS, F., *Política criminal y reforma penal*, p. 920.

<sup>74</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., *¿Política criminal 'moderna'? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español*, Actualidad Penal, núm. 23, 1998. P. 436

<sup>75</sup> Así, LOPEZ RAMON, F., *Aspectos administrativos de los Delitos Urbanísticos*, en RDUMA, núm. 151, 1997. P. 54, vinculando el uso racional del suelo a la función pública para un correcto equilibrio territorial. Otras observaciones doctrinales han considerado, en sentido análogo, el uso racional del territorio a efectos del alcance de *un desarrollo territorial ordenado de la sociedad en beneficio de los ciudadanos*. e.g. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, Ed. Atelier, 2007. P. 26 y ss.

<sup>76</sup> GIFREU i FONT, J., *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012. Pp. 53 y ss.

materias, precisando el Tribunal Constitucional una competencia estatal de carácter supletorio en ciertos ámbitos<sup>77</sup> y poniendo de relieve, en su célebre STC 28/1997 de 13 de febrero, la *acusada interrelación* entre urbanismo y ordenación del territorio, toda vez que son distintos sus ámbitos de intervención.

2.5.2. Desde el ámbito del Derecho penal, ha venido estableciéndose una relación orgánica entre el urbanismo y la ordenación del territorio.

Tomando como referencia la Carta Europea de Ordenación del Territorio<sup>78</sup>, en tanto que *expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda una sociedad*, la doctrina ha venido a establecer una suerte de definición ambivalente y omnicomprensiva, significando<sup>79</sup> que la ordenación del territorio es un género al cual pertenece el urbanismo (RAMOS) en tanto que sector de la ordenación territorial que incide en los núcleos de la población. Están relacionados, por tanto, de manera orgánica, sistemática o por jerarquía, conformando juntos una *macrofinalidad que encierra la función pública*<sup>80</sup>. De esta manera, se afirma que mientras que la ordenación del territorio se ocupa de cuestiones de política económica (esto es, el uso de instrumentos públicos para la intervención de la economía mediante mecanismos de ordenación territorial, ayudas y obra pública), el urbanismo conforma una de sus vertientes que incide en asuntos de planificación física (así, la zonificación y establecimiento de usos y actividades) orientándose juntos a un desarrollo armonioso de la sociedad en los núcleos urbanos.

2.5.3. Desde el punto de vista del Derecho administrativo -que se hace extensivo- la relación entre urbanismo y ordenación del territorio debe encontrarse en sus ámbitos de incidencia material, lo cual constituye una fidedigna distinción entre ambos en términos materiales, y no meramente formales.

La delimitación omnicomprensiva que ha venido ofreciéndose desde el sector penalista

---

<sup>77</sup> Vid. la STC de 20 de marzo de 1997 y 11 de julio de 2001. Así, el Real Decreto 1346/76, de 9 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que sigue vigente por mandato del Tribunal Constitucional, y sus Reglamentos de desarrollo, como el RD. 2187/78 de 23 de junio, del Reglamento de disciplina urbanística.

<sup>78</sup> Creada en la Conferencia Europea de Ministros responsables de la política regional y ordenación del territorio, en Torremolinos, en 20 de mayo de 1983.

<sup>79</sup> Así por muchos. *Op. cit.* RODRIGUEZ, *Código Penal comentado con jurisprudencia*, p. 1271 y ss.

<sup>80</sup> DOMINGUEZ LUIS, J.A., FARRÉ DIAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Ed. Revista General de Derecho, 1998. p. 47.



podría someterse a ulteriores filtros pues, con rigor técnico, el mero hecho de que compartan el mismo objetivo no implica que exista entre ellos una relación de subordinación, en el sentido que deba entenderse el urbanismo como hipónimo respecto de la ordenación del territorio.

A mi entender, si bien se admite que ambos comparten la misma finalidad, *id est*, la organización del uso del espacio físico, ello no es óbice para dotar de autonomía científica al urbanismo respecto de la ordenación del territorio, señalando los administrativistas que son dos disciplinas diferenciadas cuyo ejercicio se practica desde perspectivas distintas. Mientras una de ellas se ocupa de la corrección de desequilibrios territoriales desde una perspectiva macro (integrando, armonizando), el urbanismo se traduce en una perspectiva micro<sup>81</sup>, con la ciudad (*urbs, urbis*) y/o municipio en tanto que objetivo de influencia inmediata.

Esta es, además, la postura que más se aproxima a la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, que resalta la ‘*acusada interrelación*’ entre ambos, infiriéndose de tal expresión la insinuada separación material entre ambas disciplinas. Ello puede además reforzarse con criterios formales basados en la literalidad del 148.1 C.E. en que quedan nítidamente deslindados, así como en el pretérito art. 9.9 del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 1979<sup>82</sup>, además de los actuales 84 y 149 del *Estatut* de 2006.

2.5.4. La dotación de singularidad respecto del urbanismo, pareja a su individualización como disciplina científica, nos permite así resaltar su importancia en un Estado Social.

Desde la II Guerra Mundial, y con la apresurada metamorfosis de las sociedades urbanas, la globalización y la masificación del consumo<sup>83</sup>, es positivo que toda acción pública puede generar un *efecto mariposa*, con consecuencias considerables en ámbitos sobre los que no recae ‘‘directamente’’; en lo que nos interesa, los actos administrativos en materia de urbanismo trascienden materialmente de la ordenación física a nivel local.

---

<sup>81</sup> Ello parece inferirse de la lectura de *op. cit* GIFREU, *L'ordenació urbanística a Catalunya*, p. 53.

<sup>82</sup> TRAYTER JIMENEZ, J.M (coord.), *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Catalunya.*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007. P. 580. Para más, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1981. Véase TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control del planteamiento urbanístico*, Madrid, 1996. Asimismo, PEREZ ANDRÉS, A.A., *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 2008.

<sup>83</sup> Con carácter sociológico, véase FOURCAUT, A., y VOLDMAN, D., (dir.) (2013): *Le mouvement social*, número monográfico «*Les crises du logement*», nº 245, 2013/4.

Contrariamente al capcioso germen de dudas que ha venido sembrándose por la doctrina, el urbanismo no puede reducirse, a salto de mata, a una mera cuestión de planificación física, sino que cumple un papel de función pública (garantizado el principio de publicidad en la gestión urbanística por imperativo del 9.3 C.E., sin el cual un plan sería ilegal, por antidemocrático) que incide directamente, como ya puso de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>84</sup>, sobre cuestiones de índole sociológica; ecológica y de bienestar animal; sanitaria; relativa a los transportes; e *inclusive* afecta la configuración urbanística, de modo directo, a cuestiones de delincuencia y criminalidad, con la eventual culminación de suburbios esperpénticos y desintegrados producto de un planeamiento deficiente en materia de vivienda e inmigración. Todos estos valores integran lo que, a estos efectos, podríamos denominar la “función social” del suelo.

En este sentido, una interpretación limitada sobre las finalidades del urbanismo sería contraria al Estado Social<sup>85</sup>, que contempla la protección de los valores superiores anteriormente mencionados, en tanto que intereses de los ciudadanos, en la ordenación urbanística ante el tratamiento liberal especulativo o de tremebunda depredación territorial<sup>86</sup>.

En síntesis, aunque formalmente las normas en materia urbanística queden formalmente circunscritas al ámbito municipal, éstas despliegan sus efectos con carácter supralocal<sup>87</sup>. Esto es así ya que *el urbanismo adopta una perspectiva global y se configura como un ámbito de estudio pluridisciplinario, integrado por una diversidad de conocimientos sectoriales, con el objetivo común de mejorar las condiciones materiales de la vida humana mediante la reforma de las poblaciones, su ampliación y desarrollo o la creación de nuevos asentamientos*<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid. 1981. P. 37 y ss.

<sup>85</sup> Vid. ampliamente LOPEZ RAMON, F., *Fundamentos y tendencias del urbanismo supranacional europeo*, en RUE, num. 9, 2004, pgs. 71 a 81.

<sup>86</sup> *Op. cit.* TRAYTER, *Comentarios a la Ley de Urbanismo*, p. 42.

<sup>87</sup> Interesa la filosofía del *think global, act local* que introduce Patrick Geddes, paradigma que destaca la relevancia de la actuación a pequeña escala en materia de planificación urbanística. Vid. GEDDES, P., *Cities in evolution. An introduction to the town planning movement and to the study of civics*, en Williams, 1915. London: “Local character is thus no mere accidental old-world quaintness, as its mimics think and say. It is attained only in course of adequate grasp and treatment of the whole environment, and in active sympathy with the essential and characteristic life of the place concerned”.

<sup>88</sup> REVILLA I ARIET, R., *El Dret Urbanístic de Catalunya*. Institut d’Estudis Autònoms, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001. p. 31

2.7. Si lo anterior es pacífico, estamos en condiciones de exponer por qué, en virtud del principio de intervención mínima, no puede sino considerarse la función social del suelo como el bien jurídico realmente protegido por el 319 C.P.

Si bien las distintas corrientes que se ha analizado conciben de manera distinta el urbanismo, resulta al menos unánime que, en última instancia, el fin perseguido por el mismo puede concretarse en la corrección de los desequilibrios territoriales. Así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la norma reguladora de nuestra convivencia en las SSTC 28/1997, 77/1984 y 149/1991, en relación a los artículos 45.2 C.E., 33 C.E. respecto de la función social de la propiedad, y el 47 C.E. relativo al uso del suelo de conformidad con el interés general.

Con vocación de conseguir una configuración equilibrada entre todas las partes del territorio, el mecanismo que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto legalmente para entregarse a dicha labor es el plan (tanto territorial como urbanístico<sup>89</sup>), que concreta la regulación en materia urbanística que ofrecen las leyes autonómicas e *inclusive* sus reglamentos, adaptando las previsiones legales (9.3 C.E.) a las complejas realidades socioeconómicas que presentan los espacios más reducidos objeto de ordenación; acreditativo de ello es el principio de especialización funcional que rige, verbigracia, en Cataluña, a tenor del cual solamente los planes de ordenación urbanística municipal (57.2 TRLUC, en lo sucesivo, el P.O.U.M) pueden ocuparse de la clasificación del suelo. Segunda prueba de ello es la amplia discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad de planeamiento en la configuración del espacio territorial, lo cual no es obstáculo para la correcta llevanza del deber de racionalidad de las decisiones urbanísticas en términos de proporcionalidad y optimización de medios<sup>90</sup>, consecuencia directa de su sumisión al imperante interés general<sup>91</sup>,

---

<sup>89</sup> Téngase en cuenta que “los planes conforman un sistema piramidal en la cúspide del cual se localizan escalonadamente los diversos planes territoriales y, a renglón seguido, los urbanísticos, más detallados cuanto más cercanos a la base de la pirámide estén. De acuerdo con este sistema jerárquico, los planes situados en un nivel inferior han de respetar las determinaciones de los planes superiores. Consecuencia de este principio es la obligación impuesta al planeamiento urbanístico de justificar expresamente su coherencia con las determinaciones y propuestas del planeamiento territorial”, *cit.* TRAYTER, *Comentarios a la ley de urbanismo*, p. 187.

<sup>90</sup> Vid. La STS 30 de junio de 1980, 21 de febrero de 1984, 3 de enero de 1996, así como la STSJ Valencia de 17 de octubre de 2008.

<sup>91</sup> FUENSANTA GÓMEZ, M., *Urbanismo y edificación*. Navarra, Ed. Revistas Aranzadi, 2010. P. 166. Sobre la necesidad de racionalidad del planeamiento y observancia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, resultan particularmente clarificadoras las SSTS 21 de septiembre de 1993, 15 de marzo

en la línea del Estado Social.

Si el plan es el instrumento idóneo para corregir los desequilibrios territoriales como fin último del urbanismo, éste encuentra como unidad básica y de mayor incidencia el municipio, que será por regla general donde se fije la clasificación y calificación del suelo mediante el empleo de instrumentos de ordenación complementarios y subsidiarios (entre los mismos, las normas subsidiarias y complementarias, los estudios de detalle, proyectos de delimitación del suelo urbano, catálogos y proyectos de urbanización<sup>92</sup>), en la persecución interdisciplinaria y supracompetencial de la función social del suelo.

Esto es así ya que se trata del nivel administrativo *que se halla más próximo al ciudadano*<sup>93</sup> si bien, como se verá en el siguiente capítulo, al constituir una importante fuente de enriquecimiento puede asimismo ser inapelablemente susceptible someter a la Administración local a corruptelas por doquier.

2.8. A partir de estas consideraciones, entendemos que la conducta merecedora de reproche penal será la perturbación grave -afectación, en clave de antijuridicidad material como presupuesto de la punición estatal- del destino, o uso al que está destinado cada suelo, en tanto en cuanto esta conducta se considerará gravosa en términos socio-valorativos respecto de los fines a que está llamado a tutelar el urbanismo en su configuración de los usos del suelo, generalmente por medio del planeamiento urbanístico municipal.

Estos fines integran, a su vez, la función social del suelo, como bien jurídico tutelado bajo la rúbrica del 319 C.P., cuya salvaguarda se ve en sede de fragmentariedad penal indiscutiblemente legitimada en el Estado Social por mor de los variopintos fines de interés general que está llamado a cumplir.

---

de 1993, 18 de marzo de 1992. Asimismo, la STJ de La Rioja de 31 de julio del 2000. Véase ROXIN, C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS, 1966, p. 377-382.

<sup>92</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho urbanístico*. Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 1999. Pp. 202 y ss.

<sup>93</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2010. P 270.

### **3. EL CASO DE LA RETROACTIVIDAD MÁS BENEFICIOSA DEL P.O.U.M.**

En último extremo, todo lo analizado con anterioridad no es sino manifestación de la necesaria revisión constante del conocimiento, pues como todo ser vivo -y así lo es la legislación urbanística-, sufre cambios en su conformación en la medida que también muta el medio social donde evoluciona. Estas modificaciones -a nivel local- relativas al contenido material y valorativo del bien jurídico cobran en ciertos supuestos fácticos una extraordinaria transcendencia en el análisis del injusto de la conducta típica desde la perspectiva del principio de retroactividad.

3.1. Dicho esto, resulta pertinente analizar la conducta típica del 319 C.P al esencial objeto de examinar sus elementos objetivos, que serán con posterioridad de capital relevancia.

Más allá de los filtros y contrastes jurisprudenciales acerca de qué características deben concurrir en el sujeto activo del delito, que a estos efectos serán omitidas pues sobre ello ya se han escrito ríos de tinta y se desbordarían los límites de este trabajo, puede afirmarse que, tras la Reforma operada en 2010, la conducta típica consistirá en llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación en ciertas circunstancias prohibidas; a) sean no autorizables de conformidad con la normativa vigente en el momento y lugar en que se circunscriben los hechos (véase el Cap II, S. 2.2) y ejecutadas en suelo no urbanizable (319.2 C.P.), b) o bien afectando a suelos especialmente protegidos de distinta índole (319.1 C.P). Es incontrovertido que la relación entre ambas modalidades se resume a la de una subsidiariedad tácita.

I. En cuanto a los elementos objetivos que integran la conducta típica, debe comenzar señalándose que aunque ciertas normas urbanísticas definan los términos construcción y edificación como sinónimos, el primero de ellos resulta más genérico e integra al segundo<sup>94</sup>. En segundo lugar, el concepto ‘urbanización’ hace referencia a la acción legal encaminada al crecimiento del núcleo urbano de las localidades.

Con la figura del 319 C.P se protege, frente a lo anterior, los valores inherentes a los suelos configurados por los instrumentos de ordenación urbanística, a los que el P.O.U.M ha dotado de una singular clasificación o calificación. Suelos con el destino de viales (calles, carreteras,

---

<sup>94</sup> En este sentido, la SAP Palencia 14 de abril de 1998.

para circulación peatonal o automovilista<sup>95</sup>); superficies calificadas como zonas verdes; o bienes de dominio público (afectados al uso o servicio público o a la riqueza nacional, verbigracia, una playa); o suelos sencillamente incompatibles con el desarrollo urbano.

Para ver satisfecha la tipicidad de la conducta resulta, en la mayoría de las ocasiones, preciso proclamar el carácter no autorizado de la urbanización, construcción o edificación presuntamente delictiva. Pero, lo que es mucho más importante, y a la luz de la Reforma, resulta inexcusable acreditar que la autorización administrativa habilitante no podría haber llegado a otorgarse, pues el elemento objetivo de la conducta típica, como ya se ha dicho, consiste en su carácter ‘no autorizable’, de conformidad con la realidad material.

Esto lleva a deducir, silogísticamente, que la subsunción típica de la acción está supeditada a la imposibilidad de obtención de la preceptiva autorización<sup>96</sup> según los criterios establecidos, con carácter general, a nivel municipal. Lo que a su vez implica que para poder constatar la concurrencia mínima de imputación de responsabilidad penal al sujeto es necesaria la remisión, en virtud de la ley penal en blanco consignada por el tipo objetivo del 319 C.P., a la normativa urbanística local. En otras palabras, que la comprobación de si la acción encaja con lo descrito en la norma penal requiere del análisis de los elementos específicos del presupuesto de hecho configurados por las autoridades locales, a la vista del examen sobre su manifiesta contradicción con el planeamiento establecido.

En consecuencia, la conducta típica del 319 C.P. no posee un significado ontológico-valorativo concreto, sino que precisará de ser completada con arreglo a la indispensable normativa administrativa urbanística para ser dotada de contenido propio<sup>97</sup>. Y ello, en tanto en cuanto el carácter de ‘no autorizable’ constituye el elemento normativo central del tipo y núcleo de la acción materialmente antijurídica (pues no nos encontramos ante delitos de mera

---

<sup>95</sup> GARCÍA VALDÉS, C, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Ed. EDISOFER, 2015. P. 200.

<sup>96</sup> Para más, vid. la STS de 18 de marzo de 2015: “... Ello no es así porque la imposibilidad de autorización no supone la mera constatación de un hecho, sino una valoración del orden jurídico, en la que pueden intervenir muchos factores distintos y que, en los casos más extremos, puede llegar a supeditar la decisión de la Jurisdicción penal a una cuestión de prejudicialidad contencioso-administrativa (a fin de que sean los Juzgados o Tribunales de este ámbito los que determinen, en definitiva, si la edificación controvertida es o no autorizable).

<sup>97</sup> HEINE, G., *Verwaltungsakzessorietat des Umweltstrafrechts* (Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente), en NJW39 (1990) pp. 2425 a 2434; y, en cuanto a la accesoriedad de acto, *op. cit.* CONDE-PUMPIDO, *Comentarios al Código Penal*, p. 967; DE LA MATA, N., *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Barcelona, ed. CEDECS, 1996. *Passim*.

desobediencia).

Si convenimos en que esto es cierto, los Planes de Ordenación Urbanística Municipal no solamente delimitan el presupuesto de hecho, sino que dotan de sentido a la propia conducta típica ambivalentemente descrita por la norma penal. Esta consideración cobrará su importancia con posterioridad.

II. Expresado lo anterior, la doble vertiente fáctica que contempla la conducta típica descrita encierra un rasgo común; la alteración artificial<sup>98</sup> del entorno (de modo, al menos, tendencialmente permanente según la jurisprudencia<sup>99</sup>); un entorno idealmente configurado por la normativa urbanística de acuerdo con fines de interés general y, por qué no, un particular “significado del mundo (*Weltanschauung*)”.

Los ejemplos se encuentran en nuestras retinas. Imagínese que un particular -llamémosle Diógenes- efectúa con sus propios medios la construcción de una vivienda, tipo *chalet* de dos plantas y con piscina en terreno forestal -consecuentemente catalogado como de naturaleza rústica y no urbanizable<sup>100</sup>- (y sin que quepa por mandato de normas subsidiarias municipales, verbigracia, su vinculación a explotación agrícola alguna).

Como quizás pueda ya intuirse, las secuelas de la contravención del carácter concreto del uso forestal del suelo son palmarias. En primer término, es lógico que cuestiones como la provisión de agua, o el establecimiento de vías de transporte directo podrán perturbar gravemente el orden natural de las cosas, afectando al hábitat de los animales, propio de los espacios boscosos. Así las cosas, el abastecimiento y consecuente consumo de luz y electricidad, podrá generar *ex ante* un incremento objetivo en el riesgo de producción de

---

<sup>98</sup> Así, la urbanización supone “preparar unos terrenos para su posterior explotación urbanística mediante su alteración (creando viales, canalizaciones, accesos...) y comporta ya una sensible alteración del medio. Por su parte la construcción supone la realización de obras ni residenciales ni comerciales ni de servicios, tales como carreteras, puentes, puertos,... Finalmente, al edificación (*sic*), una variante de hecho de la construcción, supone el levantamiento de estructuras que permiten la residencia -viviendas- o la realización de servicios -desde pabellones deportivos (...) a polígonos industriales...” *Cit.* QUERALT, J., *Derecho penal español*, p. 1090.

<sup>99</sup> Las constantes resoluciones judiciales han apelado al criterio de vocación de permanencia en la acción típica, en lo cual influye el material empleado en la construcción. *Vid.* las SSAP Cádiz 237/2017 de 4 de septiembre, Sevilla 297/2009 de 5 de junio y 666/2014 de 15 de diciembre, Castellón 294/2012 de 19 de octubre. No así, por ejemplo, una cabaña, o una tienda de camping, que no implican la modificación substancial del terreno.

<sup>100</sup> SAP Madrid 300/2008 de 6 de mayo.

incendios<sup>101</sup>, con un peligro para las personas y sus bienes. Asimismo, podrá afectar en gran medida al cambio climático, agitando los bosques en tanto que depositarios de carbono. La construcción podrá provocar, además, la erosión de los suelos y desprendimientos de tierra, poniendo en peligro así el agua limpia y un ciclo hídrico equilibrado. Ello, en última instancia, sería apto para divulgar un malestar generalizado a nivel demográfico, generando susceptibilidades entre los vecinos que sí deben atravesar el proceso kafkiano que implica la obtención de la preceptiva licencia, y su subsecuente desembolso económico.

Como se ha visto, el fenómeno de la edificación ilegal no puede entenderse como un tumulto aislado que nos deviene sordo y lejano en el rumor de un bosque. Por el contrario, afecta, respectivamente a partir de la anterior ejemplificación, a valores jurídicos inherentes a nuestro Estado Social como el bienestar animal; la integridad física, el patrimonio y la seguridad ciudadana; el medio ambiente, la salud pública e inclusive a la igualdad entre los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho.

En definitiva, la función social del suelo y el urbanismo, en su configuración de la *ciudad ideal* platónica, de acuerdo con un credo ideológico en cada territorio distinto, otorgando mayor intensidad en la protección de un valor u otro según las circunstancias materiales y temporales del caso concreto.

Habiendo esto dicho, lucúbrese que nuestro Diógenes se concierta con el Ayuntamiento, competente para la aprobación del Plan de Ordenación Urbanística Municipal<sup>102</sup>, para llevar a cabo una eventual recalificación favorable del terreno con la cual -de manera sobrevenida- devenga presuntamente lícita y reglamentaria su actividad edificadora, por cuanto ajustada a la legalidad urbanística.

No se trata de un mero ejemplo de laboratorio, o de una pieza de museo, pues patrones criminológicos de esta índole no son exóticos en la casuística, y es precisamente por ello que ha recurrido a este ejemplo, si bien no habría obstáculo para otorgar el mismo tratamiento jurídico (al margen de las consecuencias delictivas por el carácter prevaricador de la conducta desde la perspectiva de la Administración Local) a las recalificaciones sobrevenidas sin

---

<sup>101</sup> Vid. *El problema de las urbanizaciones y el fuego forestal. Aportaciones desde la experiencia en Cataluña durante la campaña forestal del 2003*, CASTELLNOU, M., RODRIGUEZ, L., MIRALLES, M., Divisió Operativa Direcció General de Emergències y Seguretat Civil,

<sup>102</sup> Op. cit. GIFREU, *L'ordenació urbanística*, p. 341 y ss.



previo concierto alguno, a la vista de los motivos que posteriormente se desenvolverán. Precisamente, ya advirtió QUINTERO respecto de este quehacer, criticando el uso electoral de la variabilidad del orden urbanístico en orden a la legalización *post factum* respecto de promociones urbanísticas ilegales<sup>103</sup>.

Como anteriormente se ha mencionado (*vid.* Cap II, S. 2.5.4), la urbanización voraz del territorio, particularmente con expectativa de generación de plusvalías constituye el *do re mi* de la corrupción en los entresijos de la Administración local<sup>104</sup>, en tanto que fuente de financiación en muchas ocasiones desmesurada y, además, de ágil y sencilla materialización. Pero sorprendentemente -debido a la relevancia social que recientemente ha adquirido la promoción inmobiliaria ilegal- a día de hoy no se ha articulado desde la dogmática penal un tratamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado -cuanto menos unificado- acerca del tratamiento sobre la retroactividad en el seno de esta situación fáctica, que puede provocar la puesta a examen de la concurrencia de los presupuestos del ius puniendi estatal a la vista de la noción del bien jurídico que ha venido defendiéndose.

3.2. Una vez delimitado el marco fáctico, la cuestión jurídica que se plantea es: *¿Puede operar en este ámbito la exclusión de responsabilidad criminal por retroactividad beneficiosa para el reo de la norma extrapenal más favorable?*

3.2.1. Cuando nos referimos al principio de irretroactividad en materia penal, debemos hacerlo en términos de garantía del ciudadano y como consecuencia de los principios de

---

<sup>103</sup> GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014. P. 111, y QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos urbanísticos y política criminal*, Ponencia presentada a I Encuentros frente al mar (Acoso al territorio), Seminario organizado por la Universidad de Cantabria y celebrado en Santander los días 13 y 14 de abril de 2011.

<sup>104</sup> "...Excepciones aparte, decir ayuntamiento es decir corrupción, pues en ellos ha vivido siempre y los grandes negociantes históricos de la administración española indefectiblemente se han formado en las oficinas municipales: cortijos feraces sin excepción donde todo se negocia y casi todo puede comprarse. Y si esto era así antes, ahora con el urbanismo ha aparecido en el cortijo un pozo de petróleo. En la mesa municipal están todos los platos fuertes de la corrupción: el urbanismo, las licencias y las multas. En una mesa tan bien provista hay sitio para toda clase de comensales: allí se sientan los opulentos especuladores del suelo que compran eriales de saldo y venden parcelas de primera, los constructores que edifican torres de pisos en zonas reservadas para viviendas unifamiliares, los adjudicatarios de obras que se inutilizan a los dos meses de haberse inaugurado, los concesionarios de servicios que no se prestan. Es un convite popular donde el plutócrata se codea con el vigilante oportunamente adormilado, con la ordenanza que se contenta con unas entradas para el fútbol, con quien se limita a buscar un empleo para la hija pequeña. No es ciertamente en los ayuntamientos donde se hacen los negocios más importantes de España; pero sí, desde luego, donde la corrupción se desenvuelve con un estilo más campechano y acogedor». *Cit.* NIETO, A., *Corrupción en la España Democrática*, Barcelona, Ed. Ariel, 1997. pp. 133 y 134.

proporcionalidad<sup>105</sup> y de legalidad<sup>106</sup>. Según el último (25.1 CE), sólo será posible penar al sujeto en virtud de la ley vigente en el momento del hecho, *id est*, quedando prohibida la retroactividad de la ley penal respecto de un hecho no punible en el momento de su consumación.

Ahora bien, también cabe lo que podemos llamar la retroactividad más beneficiosa para el reo<sup>107</sup>, pues lo contrario no puede deducirse de la literalidad del artículo 9.3 CE -ni del art. 7 del CEDH- cuando establece la irretroactividad respecto de disposiciones sancionadoras no favorables, sin pronunciamiento explícito respecto de las más beneficiosas. Pero además, y precisamente en pro de las garantías del ciudadano, nada hay que oponer a la retroactividad en favor del reo, en la línea del generoso artículo 2.2 C.P.<sup>108</sup> (y lógicamente, teniendo en cuenta el alcance del mismo a hechos pendientes de ser juzgados). Lo contrario haría revivir en nuestro ordenamiento jurídico las antiguas fórmulas sistémicas de observancia de la norma *eo ipso*, esto es, en virtud del carácter obligatorio de la misma, sin criterio de justicia material alguno<sup>109</sup>.

Si esto es así, podemos encontrarnos ante la espinosa situación en que, como consecuencia de la aprobación *a posteriori* de un plan urbanístico más favorable en su recalificación, la conducta en que obró el sujeto activo del delito urbanístico devenga atípica por aplicación del principio general de retroactividad favorable; lo que GARCÍA ARÁN ha denominado como

---

<sup>105</sup> CGPJ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid, 1999. p. 396 y ss.

<sup>106</sup> *Op. cit.* ROXIN, *Derecho penal*, p. 140, junto a la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para la fundamentación y agravio de la pena y, finalmente, la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); esto es, el principio de seguridad jurídica.

<sup>107</sup> Lo cual se constituye como principio general en Derecho. Así, y en derecho comparado: "Regolato dal 2 comma dell'art 2 del codice: Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali". Qui abbiamo un'applicazione del canone della retroattività della legge più favorevole. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Milano, Ed. Giuffrè, 1991. Pp. 95 y ss. Señala que es más favorable aquella que entraña consecuencias menos rigurosas para el reo, como criterio en última instancia. (*significato di disposizione più favorevole*).

<sup>108</sup> GARCÍA-PABLOS, A., *Introducción al Derecho Penal*. 4ta ed, Madrid, Ed. Ramon Aceres, 2006. P. 502

<sup>109</sup> En sentido contrario JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, New York. Ed. De Gruyter. Además, "es importante citar también, aunque sea únicamente por razones históricas, la posibilidad de fundamentar la irretroactividad de las leyes penales en la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH. Este autor sostenía, básicamente, que había que crear en la psiquis del sujeto sensaciones de desagrado tales, que hicieran prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión del delito frente a los motivos que le empujaban a delinquir..." *Cit.* OLIVER CALDERÓN, G., *El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI (Valparaíso, Chile, 2000), y ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, *ob. cit.*, pp. 89 y s., 145 y s., 161. Asimismo, *op. cit.* DE JUAN GARCÍA, A., *Tiranía bajo el escudo de la ley*.

*destipificación sobrevenida por cambio de planeamiento urbano*<sup>110</sup>.

Es menester recordar al lector, quizás escéptico en su asombro, la posible viabilidad *a priori* de esta lucubración, a la vista del mandato atenuador *obligatorio*<sup>111</sup> de la norma más beneficiosa para el reo.

3.3.2. No obstante, y en un siguiente paso para el esclarecimiento de las cuestiones jurídicas, se hace necesaria la revisión de la figura del tipo penal en blanco, en cuyo seno la jurisprudencia ha atenuado los rigores del principio de retroactividad más beneficiosa para el reo. En este sentido, *se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, “excepcionalmente”<sup>112</sup>, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos*<sup>113</sup>.

Es necesario denotar que, a pesar de que el supuesto fáctico de la norma venga descrito por un cuerpo legal y jerárquicamente distinto, las modificaciones en la legislación extrapenal que engloban el tipo<sup>114</sup> pueden también alcanzar efectos retroactivos.

3.3. Pero manifestada la anterior consideración, la jurisprudencia ha venido limitando el alcance de los efectos retroactivos de las disposiciones extrapenales (en este caso, de orden urbanístico) que complementan el tipo penal.

*Grosso modo*, ha venido entendiéndose lo irrazonable de apelar a la aplicación retroactiva de la norma extrapenal favorable cuando la innovación que incorpora en el ordenamiento jurídico no afecta al núcleo del injusto del tipo, mas simplemente a elementos fácticos. La clave está, por lo tanto, en la determinación sobre qué innovaciones son las que efectivamente alteran el contenido material del bien jurídico -esto es, afectan a su núcleo esencial- como

---

<sup>110</sup> *Op. cit.* GARCÍA ARÁN, *La delincuencia económica*, p. 110 y ss.

<sup>111</sup> De carácter imperativo, según algunos sectores de la doctrina penológica alemana. *Op. cit.* ROXIN, *Derecho penal*, p. 166.

<sup>112</sup> En relación a la *completa tipificación de las conductas y la proscripción del abuso de las normas penales en blanco*, *Cit.* MORILLAS CUEVA, L., *Urbanismo y corrupción política*, p. 166; SALINERO ALONSO, C., *Delitos contra la ordenación del territorio*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-225, tomo 4, Editorial LA LEY); GARCÍA ARÁN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVI, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 66 a 81, y 96-97.

<sup>113</sup> *Op. cit.* MIR, *Derecho penal*, p. 72.

<sup>114</sup> Pues “es cierto que todas las normas que integran el tipo penal de una u otra manera, en cuanto ayudan a delimitar la conducta prohibida por el Código Penal tienen la consideración de normas penales: SAP Cáceres (Sección 2ª) Sentencia núm. 97/2016 de 31 marzo. En sentido equivalente, las STSS de 6 de noviembre de 2000 y 11 de junio de 2001; y *op. cit.* RODRIGUEZ RAMOS, *Código penal comentado*, p. 39

elemento integrante del tipo penal, además de si implican la neutralización del desvalor de la conducta en el momento de su ejecución.

Con este objeto, se han barajado distintos criterios de delimitación y se ha adoptado un criterio altamente influenciado por postulados político-criminales -en mi opinión- de insuficiente solvencia teórica.

En esta suerte, no toda remisión operante en los tipos penales en blanco juega el mismo papel técnico en su complemento de la estructura de la norma, sino que los cambios producidos en los preceptos extrapenales que reflejan el contenido del tipo podrán significar un fidedigno *cambio en la valoración jurídica o, por el contrario, un mero cambio de circunstancias fácticas, manteniéndose la aplicación retroactiva beneficiosa solamente en el primer caso*<sup>115</sup>.

Un *giro*, a mi parecer -y si bien encubierto por una supuesta fundamentación dogmática-, autorizado en gran medida por criterios político-criminales relativos al potencial vaciamiento del contenido de un precepto penal por parte de una norma de carácter, en el caso del artículo 319, eminentemente municipal, *burlando la eficacia de dicho precepto y reduciendo extraordinariamente sus posibilidades preventivas*<sup>116</sup>, argumento pragmático reproducido por múltiples resoluciones judiciales, a saber la SAP Cádiz 265/2015 de 28 de septiembre<sup>117</sup>. Es decir, admitir la retroactividad favorable respecto de delitos consumados por cambios urbanísticos de carácter sobrevenido por la autoridad municipal que tuviere el interés en ello -no esporádicamente por razones espurias o ajenas a la racionalidad- implicaría reducir los delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, según algunos, a su inaplicabilidad.

De esta manera, la consideración por parte de la jurisprudencia de la atipicidad sobrevenida como político-criminalmente inadmisibile ha cedido espacio, creando de la necesidad virtud, a la consolidación de una línea jurisprudencial aplicable a los delitos urbanísticos (así como contra la Hacienda Pública<sup>118</sup>), con la malograda voluntad de someter el susodicho postulado

---

<sup>115</sup> Cit. GARCÍA ARÁN, M., *La delincuencia económica*, p. 115. Asimismo, GÓMEZ-TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, 2010. Valladolid. P. 48 y 49; POZUELO PÉREZ-DOPICO GÓMEZ ALIER, *Demolición o comiso*, Diario La Ley, n.6948 de 19 de mayo de 2008.

<sup>116</sup> Cit, GARCÍA ARÁN, M., *La delincuencia económica*, *ibidem*.

<sup>117</sup> Cit, "Se ha dicho que admitir la retroactividad favorable por cambios urbanísticos sobrevenidos tras la consumación del delito sería tanto como vaciar de contenido los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, pues para eliminar uno de sus elementos con efectos retroactivos bastaría con algo tan sencillo como modificar el plan urbanístico por parte de la autoridad municipal que tuviese interés en ello".

<sup>118</sup> Resulta inevitable señalar en este sentido el consumado -y todavía candente- debate de corte doctrinal y jurisprudencial acerca del delito contra la Hacienda Pública, en relación a los cambios legales de las cuantías

a adaptación axiológica, justificando así una interpretación restrictiva de los efectos de la modificación favorable en el precepto extramuros del Derecho penal.

Nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo de modo pacífico que la modificación de los instrumentos de planeamiento en virtud del *ius variandi* carece de vocación de retroactividad por cuanto no afecta al núcleo del injusto -no obedece a un verdadero cambio valorativo- sino a otros elementos típicos y, *de iure*, considerados fácticos, ya que el injusto de la conducta persiste posteriormente a las susodichas modificaciones. Así, el ATS de 4 de mayo de 2013, y las SSTs 99/2018 de 13 de marzo, 88/2018 de 21 de febrero, amén de las SSAP Cádiz 265/2015 de 28 de septiembre, Las Palmas 290/2017 de 26 de septiembre, y Córdoba 150/2018 de 9 de abril. En el mismo sentido se pronuncia la Circular de la FGE 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo<sup>119</sup>.

3.4. A nivel de la escasa producción doctrinal, esto dista de ser una cuestión pacífica.

Cabe decir que, con carácter general, existen voces que reconocen las *dificultades reales y la escasa transcendencia práctica de una distinción de carácter meramente escolástico*<sup>120</sup>, relativa al desdoblamiento entre circunstancias fácticas y valorativas, rechazando de plano tal consideración por cuanto *artificial*<sup>121</sup>.

---

económicas que operan como frontera de antijuridicidad material en los delitos. El TS, en su Acuerdo de la Sala de lo Penal de 25 de octubre de 2005 señaló que “es aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada” (la cursiva es mía), toda vez que es cierto que no resuelve definitivamente el clásico contencioso acerca de cuándo se considera que estas modificaciones suponen fidedignos cambios valorativos en el núcleo del injusto, además de no pronunciarse sobre su extensibilidad respecto de otras figuras delictivas, verbigracia, los delitos urbanísticos contemplados en el artículo 319 C.P.

<sup>119</sup> Cit, “...conviene recordar aquí que tampoco cabe la aplicación retroactiva de la ley penal por el mero cambio de planeamiento urbanístico materializado con posterioridad al momento de la comisión de delito...”

<sup>120</sup> DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 C.P.*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ra época, n. 6 (2011), p. 17. Cit: “(Sobre las teorías pragmáticas) ...las que consideran que existen razones para mantener la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos, pero reconocen las dificultades reales para delimitar ambos conceptos y la escasa transcendencia práctica de una distinción de carácter meramente escolástico. Lo importante, se dice, es determinar en cada tipo cómo debe abarcar el dolo un determinado elemento típico y qué transcendencia tiene ésto a efectos de error, por un lado, y cómo integrar el significado de ese elemento, por otro.”

<sup>121</sup> GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA ROBA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2011. p. 16 y ss.

En mi opinión, existen razones suficientes para mantener esta distinción<sup>122</sup> -a la vista de la naturaleza jurídica de la norma penal en blanco- si bien el elemento determinante debe reflejarse en el criterio distintivo.

Así, y adalid de una línea sin mucha secuencia, al respecto llegan a una parecida deducción<sup>123</sup> teóricos como GARCÍA ARÁN y GÓRRIZ ROYO, acudiendo al criterio del rango de ley. El primero de ellos, ante la ambigua disyuntiva acerca de qué debe realmente considerarse un cambio valorativo o de circunstancias fácticas en materia de delitos urbanísticos, procede a establecer un criterio más bien formal al socaire del cual el cambio en la legalidad urbanística en virtud de norma con rango de ley (estatal o autonómica) sí poseerá verdaderos efectos valorativos, pues es justamente ahí donde se encuentran los criterios ontológicos a manejarse en la ordenación del territorio, mientras que los Planes de Ordenación Urbanística Municipal se someterán<sup>124</sup> a una dirección unidireccionalmente y en términos estrictos asignada en virtud de la normativa en la pirámide más elevada.

Esta línea de pensamiento, si bien inspirada por la mayor coherencia en su apelativo a un supuesto principio jerárquico, no asiste en orden a establecer un criterio legítimo y eficaz para la concreción de los contenidos dignos de tutela penal en este supuesto fáctico concreto, *maxime* cuando se adopta una visión pluridisciplinaria sobre el concepto de urbanismo<sup>125</sup>.

Si bien la dirección de la actividad urbanística corresponde, sin perjuicio de las competencias a nivel estatal, a cada Comunidad Autónoma (*e.g.* el Departamento de Política Territorial y Obra Pública de Cataluña, por imperativo del 16.1 TRLUC), ello no implica que la concreción del *ámbito material*<sup>126</sup> de tutela del urbanismo -y en consecuencia los cambios

---

<sup>122</sup> En este sentido, la STC 24/1996 de 13 de febrero admitió la constitucionalidad del concepto de *elemento normativo* del tipo. Vid. SCHLÜCHTER, E., *Irrtum über normative tatbestandsmerkmale im strafrecht*, Tubinga, 1983, pp. 13 ss.

<sup>123</sup> Vid. GORRIZ-ROYO, *La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio*, en Revista de Ciencias Penales, vol. 1, 1, 1998. P. 488; GARCÍA ARÁN, M., *La delincuencia económica*, p. 112.

<sup>124</sup> Cfr. ALCALÉ SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Barcelona. Ed. Cedecs, 1997. P. 272.

<sup>125</sup> Parece admitirse en cierto modo este postulado en algunos trabajos. Por ejemplo, *cit.* GARCÍA ARÁN, M., *La delincuencia económica*, p. 117: "... todo ello depende del bien jurídico lesionado que se les reconozca. Si la 'ordenación del territorio' se entiende como la potestad de ordenar y reglamentar el territorio que tienen las Administraciones competentes, resultará difícil apreciar un cambio valorativo material en las modificaciones normativas puesto que, -en la línea del injusto como desobediencia-, la afectación a tal potestad se mantendrá necesitada de respuesta penal en todo caso. En cambio, las concepciones sobre el bien jurídico que introducen los valores que la ordenación del territorio pretende preservar, son más propicias a la consideración de si la modificación normativa ha supuesto o no un cambio de la valoración jurídica".

<sup>126</sup> REVILLA i ARIET, R., *El Dret Urbanístic de Catalunya*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, P. 171 y ss.

valorativos en la modificación de normas- se lleve a cabo exclusivamente en el ámbito estatal y autonómico.

Esto es así ya que las complejidades técnicas que gobiernan el ámbito de la ordenación urbanística, en este caso, impiden de la adopción de un parámetro basado en el rango de ley de la norma de complemento al tipo penal para delimitar la eficacia retroactiva de las modificaciones en los preceptos extrapenales. Antes bien, conllevan a la adopción de un criterio basado en los efectos materiales de dicha producción normativa.

La construcción de la dicotomía lingüística que tan categóricamente ha venido estableciéndose entre cambios en la valoración de la norma y meras reconsideraciones de orden fáctico- en orden a determinar su afectación al núcleo del injusto- basada en el principio jerárquico se ve desnaturalizada a la luz de su contraste con el principio constitucional y administrativo de autonomía local, a tenor del cual toda vez que el Estado y las Comunidades Autónomas, como entes públicas, constituyen las instancias más elevadas de organización territorial del Estado<sup>127</sup>, el artículo 140 de la Constitución Española, además de su artículo 137, garantizan la *autonomía de los municipios*.

Si bien autonomía local no equivale a soberanía<sup>128</sup>, determina un específico modelo de Estado; el Estado Social. Así, PAREJO ALFONSO los vincula en tanto en cuanto este principio *demanda de la articulación de un poder público activo en la realización del orden constitucional y, por tanto, en la continua transformación de las condiciones socioeconómicas desde la perspectiva del valor superior de la igualdad, así como la superación de la separación rígida entre el Estado y sociedad, y la segunda requiere la legitimación democrática del poder desde el valor del pluralismo tanto político-social como territorial. Es decir, la apertura a la alternancia en dicho poder y a la diversidad de opciones según también la perspectiva territorial*<sup>129</sup>’.

Ello se desprende, a mayor abundamiento, de la propia literalidad del preámbulo de la Carta Europea de Autonomía Local, permitiendo de una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano, y se traduce, entre otros efectos, en sus consecuentes previsiones normativas:

---

<sup>127</sup> ESTEBAN NOGUERA, J., *La ordenación urbanística. Conceptos, herramientas y prácticas*. Barcelona, Ed. Electa, 2003. p. 19 y ss; ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional*. Madrid, Ed. Tecnos, 2017. P. 936 y ss.

<sup>128</sup> MARAZUELA BERMEJO, A., *El principio de autonomía local en el Constitucionalismo español*, en Asamblea Madrid, p. 45 y ss.

<sup>129</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Municipal I*, Madrid, Ed. Civitas, 2003. pp. 40 y 41.

I. Para empezar, y si bien atañe el acto de aprobación *definitiva* de los planes municipales al órgano correspondiente de las CCAA, ya advirtió el Tribunal Constitucional en su célebre STC 4/1981 que ello no es compatible con el principio de autonomía local si se trata de un control genérico e indeterminado, colocando a las entidades locales en una situación de *subordinación o dependencia* cuasi jerárquica respecto de las AAPP de mayores instancias. En consecuencia, no se trata, en puridad, de un control de oportunidad de modo alguno, ni cuanto menos de una *compartición de la toma de la decisión*<sup>130</sup>.

II. Asimismo, la Ley de Bases del Régimen Local, en su artículo 2.1, establece expresamente el derecho a la preceptiva intervención por parte de los Ayuntamientos en los asuntos de ordenación urbanística del Estado -a fin de asegurar la efectividad de su autonomía- en base a los criterios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia. Este precepto, *ergo*, establece una garantía institucional -de menor o mayor intensidad- de participación de los Ayuntamientos en los asuntos que afecten a la colectividad local<sup>131</sup>, por ende y en cierto modo, en la delimitación de un marco central acotador de las líneas de política urbanística general, de cuya participación habían sido supuestamente excluidos a tenor de las voces anteriormente analizadas.

III. Como en los albores de este trabajo se ha advertido (véase Cap. II, S. 2.7), es importante volver a destacar una de las funciones del Plan de Ordenación Urbanística Municipal ordinariamente previstas en las leyes autonómicas (*e.g.* los 58.1 TRLUC y 67 RLUC), como la clasificación del suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable y sus categorías de acuerdo con los criterios locales de crecimiento, población, y de desarrollo económico y social del sistema urbano<sup>132</sup>.

Con ello, estamos hablando de la cesión expresa a los municipios de la configuración de los usos del suelo; configuración que será variable en función de las expectativas políticas de las agrupaciones locales que se corresponderán con una determinada filosofía acerca de los valores que debe proteger el urbanismo.

---

<sup>130</sup> PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad administrativa y autonomía municipal*, Madrid, Ed. Civitas, 1996. P. 67.

<sup>131</sup> REBOLLO PUIG, M (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tomo I. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2007. p. 106 y ss; GARCÍA ROCA, J., *El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad*, REALA, n. 282, p. 46.

<sup>132</sup> *Op. cit.* TRAYTER, *Comentarios a la Ley de Urbanismo*, p. 196.



Las mismas, como no puede ser de otra manera, contribuirán a un voluble panorama en el Derecho positivo de la ordenación territorial y urbanística<sup>133</sup>, dotada de profusión, complejidad y variabilidad (el *ius variandi*), si bien a la vez adaptándose a la ciudadanía local concreta cuya convivencia pretende regular en el marco de la autonomía y discrecionalidad que ofrece una normativa marco armonizadora y semi-permisiva, configurando *ex novo* los valores del urbanismo de acuerdo con una determinada *forma mentis* circunscrita a nivel municipal (es por ello que rige el principio de especialización funcional y está en consecuencia legitimado el uso de la norma penal en blanco).

A tenor de lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que -si se considera como válido el desdoblamiento dualístico en función de elementos normativos y descriptivos del tipo- la Administración local juega un papel -cuanto menos relevante- en la determinación del núcleo del injusto merecedor de reproche penal, pues si bien y como es lógico no dispone del bien jurídico a preservar, sí puede preceptuar su singularización a partir de sus modificaciones normativas, que definen los valores -altamente volátiles por su carácter localizado- que justifican la clasificación y calificación del suelo.

3.5. Lo anterior no enturbia, empero, la validez<sup>134</sup> de la discriminación entre los elementos valorativos y descriptivos, o incidentales, que integran el tipo en materia de reenvío o leyes penales en blanco. Ahora bien -y una vez depurado el criterio formal basado en el rango de la norma de la disposición que está llamada a complementar el tipo penal-, la jurisprudencia ha subsanado tal vacío axiológico apelando constantemente a parámetros político-criminales a mi parecer insuficientes.

De modo ejemplificativo, en múltiples ocasiones<sup>135</sup> se ha recurrido en la jurisprudencia al

---

<sup>133</sup> STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 11 de octubre de 2017, voto particular formulado por el Excmo. Sr. Presidente D. Antonio Doreste Armas.

<sup>134</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, ed. La Ley, 2008. Bogotá. p. 73: “Además, hay elementos típicos que admiten una interpretación como descriptivos y como normativos y solo el sentido del concreto tipo en que se hallan y las relaciones de éste con otras normas nos permitirán interpretarlos en uno u otro sentido (siendo así que esto podrá tener —o no— relevancia para el dolo y el error”.

<sup>135</sup> *Op. cit.* DE LA CUESTA AGUADO, *La aplicación retroactiva de la norma*, p. 18; *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes penales en blanco”*, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, 1993. P. 460 y ss. SILVA, a favor de una solución delimitadora según la cual la modificación legislativa afecte o no a la necesidad actual de pena del hecho cometido en su momento. Para más, LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, 2000, Madrid. pp. 85 y ss. Además, La dirección correcta debe ser discriminar los diferentes supuestos en presencia,

argumento relativo al ‘vaciamiento del tipo’, como integrante del hilo causal que conduce, junto a otros elementos, a la subsistencia del desvalor de la acción. *Vid. las conclusiones generales en la SAP Cádiz 265/2015 de 28 de septiembre: Afirmar esa "atipicidad sobrevenida" conduciría a una conclusión político-criminalmente inadmisibile: dejar en manos de las autoridades locales la decisión sobre la viabilidad de la acción penal precisamente en los casos de delincuencia urbanística en que más preocupante sería atribuirles dicha facultad. Y por lo tanto, ‘...pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que (...) realizó una conducta de puesta en peligro relevante (...) que todavía hoy se pretende evitar (...) El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado’* (STS 88/2018 de 21 de febrero, la cursiva es mía).

3.6. Con ello llego al lugar al que pretendía. La inaplicación retroactiva de la norma más favorable, en este supuesto fáctico, ha venido contemplando como fundamento la subsistencia del desvalor de la acción -con independencia de las sobrevenidas modificaciones normativas que se han venido tratando- en el momento de su ejecución. Esta lectura, si bien abrumadoramente consolidada por doctrina y jurisprudencia, resulta en cierto modo insuficiente a la luz de su contraste con los criterios sistemáticos que emanan del principio de antijuridicidad sobre los que recae el fundamento de lo injusto penal; el desvalor de conducta y de resultado.

I. Expuesta con anterioridad la orientación de la jurisprudencia, parece que la fundamentación y fijación del alcance de la retroactividad en el seno de la norma extrapenal responde, en primer término, a la ponderación del desvalor de la conducta según la norma en aquel momento vigente.

Se hace extensivo este criterio. Efectivamente, resulta fundamental entender si el cambio normativo anula el injusto de la conducta en el momento de su ejecución, *id est*, si posee una fidedigna motivación valorativa suficiente de la que pueda inferirse que ese comportamiento concreto no era realmente disvalioso. Esto será así cuando la modificación suponga una

---

para indagar en cuáles es razonable, en sentido político-criminal, afirmar la presencia de esa nueva norma más favorable. FARALDO CABANA, P.(DIR.)/PUENTE ABA, L.M.(COORD.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 106 y ss.

valoración *ex novo* diferente y más benévola de la conducta, y la concurrencia de esta condición está subordinada, efectivamente, a su afectación al núcleo del injusto.

Si bien no es para nada pacífico que sea la acción el elemento central del injusto penal<sup>136</sup> parece razonable identificarla con el núcleo del injusto referido por la jurisprudencia, en tanto que pilar de la antijuridicidad. Es por ello que el elemento de confrontación a analizar radica en si *el comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado*<sup>137</sup>, con independencia de la posterior modificación del P.O.U.M.

De modo consecuencial, puede inferirse que la esencia del injusto al que debe afectar el cambio normativo para gozar de efectos retroactivos favorables no es sino a la conducta típica del 319 C.P.

Como en los acápites del presente capítulo se ha argumentado (*vid.* S. 3.1), lo que puede percibirse como la ‘*urbanización, construcción o edificación*’ ilícita realmente carece de alcance valorativo propio alguno, si no es con retroreferencia al presupuesto de hecho descrito por el precepto extrapenal del cual significativamente depende, de la misma manera que de la incógnita depende una ecuación matemática en tanto que elemento constitutivo de la misma.

Siguiendo con este razonamiento, al estudiar si la modificación del planeamiento municipal afecta a la conducta típica como núcleo del injusto, hay que entender la relación entre la acción típica y el presupuesto fáctico extrapenal que opera como garante de tipicidad como una unidad metafísica a la luz de su fundamental vinculación.

Podría entenderse, en consecuencia, que la Administración local promulga planeamientos urbanísticos que integran la anfibológica conducta típica del 319 C.P. y, como tales, afectan al núcleo del injusto y a la valoración de la acción objeto de enjuiciamiento. Puesto que una conducta, ontológicamente, no puede *per se* resultar disvaliosa, sino en relación al contexto en que se circunscribe (en este caso, municipal).

---

<sup>136</sup> *Op. cit.* CASAS, *El desvalor material de la acción, passim*. En sentido contrario, WELZEL, H., *El nuevo sistema de Derecho Penal*, ed. B de f, 2006. Montevideo, *passim*. Crítico con la distinción entre acción y resultado, *op. cit.* JAKOBS, *Strafrecht*, p. 167.

<sup>137</sup> Entre muchas otras, ATS de 10 Sep. 2014, Rec. 20190/2014.

Así, y en definitiva, ello posee una capital importancia; si ostenta la Administración Local la capacidad de incidir sobre la realización de los elementos objetivos del tipo (tal y como es el carácter autorizable de una construcción) mediante la transformación de los valores urbanísticos a proteger, no resulta descabellado considerar que el cambio normativo *de facto* - o de manera indirecta- incide sobre el núcleo del injusto desde la perspectiva del desvalor de la conducta típica y, por lo tanto, neutraliza el reproche de la acción.

II. A más de alguien podrá causar extrañeza un ulterior análisis en clave de bien jurídico más allá de la conducta disvaliosa como elemento central del injusto urbanístico; no obstante, las singularidades propias que emanan de la concepción del bien jurídico que en este trabajo se defiende son, a estos efectos, acreedoras de un estudio detenido.

No de manera arbitraria; el principio de antijuridicidad, referido por el núcleo del injusto<sup>138</sup>, posee una doble vertiente en cuyo juicio el resultado, dependiente de la afectación al bien jurídico, no puede ser subalterno<sup>139</sup>. En otras palabras, no es solamente necesario analizar si el Legislador opina que determinada edificación no era reprochable, sino también si no es necesario seguir protegiendo del mismo modo el bien jurídico<sup>140</sup>.

Una visión multidisciplinaria del concepto de urbanismo nos obliga a la reconfiguración del bien jurídico del 319 C.P. con unas consecuencias preponderantes a los efectos de la delimitación del núcleo del injusto merecedor de reproche penal.

Con este cometido, es necesaria una remisión al análisis del tipo objetivo del 319 C.P. a la luz de la Reforma del 2010. La consolidación del concepto de “no autorizable” por parte del legislador tiene dos implicaciones básicas a estos efectos.

---

<sup>138</sup> Así, por las STS 491/2018; 499/2004 y ATS 10 de septiembre de 2014.

<sup>139</sup> DE LA FUENTE, F., *Relaciones entre desvalor de la acción y desvalor del resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI (1995), en el sentido que el resultado *no puede constituirse como una mera circunstancia limitativa de la responsabilidad penal (cit)*, mas como uno de sus fundamentos.

<sup>140</sup> Cit. ATS de 10 de sept. 2014, Rec. 20190/2014: “Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuridicidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos. Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables. Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos...”

En primer lugar, y como ya se ha reiterado en múltiples ocasiones, la aparente despenalización de la mera realización de construcciones sin licencia, confirmando el carácter eminentemente material del bien jurídico objeto de estudio. Y en segundo plano, el sometimiento de su adquisición de contenido material al arbitrio del Planeador Municipal. Ello no implica que la Administración Local, en puridad, configure el bien jurídico *per se*, si bien tiene la facultad, al amparo del principio de autonomía local, de singularizar la función social del suelo de acuerdo con la coyuntura que le es propia<sup>141</sup> -siempre fugaz y nunca perenne-.

Dicho esto, la esencia de lo injusto en el tipo objetivo del 319 C.P. desde la perspectiva del desvalor del resultado es la conculcación grave -por la construcción, edificación o urbanización- de los valores tutelados por el urbanismo (en esencia, la afectación de la conducta típica a la función social del suelo, de la cual depende el desvalor de resultado).

Es aquí donde vuelve a cobrar importancia el adjetivo ‘autorizable’ como concepto normativo difuso, y su determinación al albur del Poder Municipal<sup>142</sup>. En virtud de los P.O.U.M, los entes locales participan de la singularización de los valores tutelados por el suelo municipal, que no son sino aquellos que dotan de significado al susodicho concepto normativo central del tipo objetivo del 319 C.P.

Ello implica, en última instancia, la potestad de la Administración Local de incidir sobre los elementos del tipo (de nuevo, si consideramos sin un ánimo meramente retórico o artificioso que el bien jurídico protegido *ex. art. 319 C.P.* se precisa justamente en los fines que el urbanismo pretende preservar en sus *dimensiones esencialmente valorativas*<sup>143</sup>).

¿Implica la participación en los elementos normativos del tipo, además de su afectación a la conducta típica, la alteración de la antijuridicidad material de la conducta ya consumada?

La respuesta debe ser afirmativa. De ello se desprende que el *ius variandi* que gobierna la

---

<sup>141</sup> VALERO FERNANDEZ, C. Y., *Cuestiones generales de retroactividad penal*, Madrid, Universidad Complutense Madrid, 2019. P. 208.

<sup>142</sup> Terminología adoptada, entre otros, por *op. cit.* MORILLAS, *Urbanismo y corrupción política*, p. 31.

<sup>143</sup> Concepto del que se hace eco *cit.* JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo no urbanizable*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2009. p. 382; y acuñado por PAREJO ALFONSO, A., *El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007 del Suelo*, RDU y Amb, año núm. 41, núm. 237, noviembre 2007, p. 16 y ss.

norma extrapenal puede llegar, *de facto*, a (des)tipificar una conducta con carácter generalizado en una circunscripción municipal, al reclasificarse los intereses a proteger en la reordenación de los usos del suelo, verbigracia, lo residencial; lo deportivo; lo sanitario; lo asistencial y cultural; las zonas verdes; los transportes; las áreas logísticas; el abastecimiento, etcétera.

Y no solamente con efectos *pro futuro*, pues si se admite el condominio del planeador municipal en la delimitación de la antijuridicidad material, determinando según la realidad terrenal cuándo se produce la puesta en peligro concreta del bien jurídico, su consecuencia lógica es la afectación de su intervención al núcleo del injusto, desde la perspectiva del desvalor del resultado.

Es por ello, entre otras razones, que: I. El mantenimiento de la pena resulta desproporcionado en relación a la alteración en la intensidad de la protección del bien jurídico (principio de proporcionalidad). II. Se diluye la necesidad preventivo-general y especial de penar *esa conducta para ese supuesto*<sup>144</sup>, aunque en un momento anterior, efectivamente, se hubiera creado una situación de riesgo para el bien jurídico (que, como se ha visto, resulta del mismo modo intrascendente desde el prisma del desvalor del acto).

III. En definitiva, y con vocación de cerrar este complejo círculo dogmático, puede afirmarse que una modificación *ex post* del P.O.U.M por parte del ente público local afecta al núcleo del injusto del tipo objetivo del 319 C.P., tanto desde la perspectiva del desvalor de la conducta como de resultado y, en consecuencia, debe inevitablemente gozar de efectos retroactivos favorables.

Su acreditada afectación al desvalor de la conducta tiene una importancia capital. La acción no es; sino acompasada por una realidad que la dota de significado. De esta manera, podemos entender que la conducta típica del 319 C.P. *per se* no posee sustrato material alguno, sino que los requisitos de tipicidad se nutren a partir de las pautas representativas de los intereses de la sociedad por medio de la aprobación de sucesivos planeamientos urbanísticos, que integran el núcleo del injusto y que, si somos coherentes con las reglas establecidas por la jurisprudencia, inciden sobre la gravedad del hecho pretéritamente consumado, *ergo*, a la

---

<sup>144</sup> *Vid.*, sustentando las necesidades preventivas como criterio adicional en la materia, CARRASCO ANDRINO, M. M., “El daño”, cit., p. 1083; LUZÓN PEÑA, D. M., Curso, cit., p. 192; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Parte general*, 2ª ed. cit., p. 252; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Legislación”, cit., pp. 451 ss.

disminución de su reproche.

Ello no puede desvincularse del desvalor del resultado, sin la incorporación del cual la discusión científica sobre la anulación del reproche penal deviene incompleta e insuficiente. Si la facultad administrativa de influenciar en la realización de los elementos objetivos del tipo implica su modificación del presupuesto de hecho de la conducta desde la perspectiva del desvalor de la acción, cuando hablamos de desvalor de resultado, debemos hacerlo en términos de antijuridicidad material de la conducta, que puede igualmente verse moldeada. El hecho que la Administración Local pueda, al reordenar y singularizar los intereses tutelados que recaen sobre el suelo, influir sobre el carácter autorizable de la conducta consumada, implica la modulación de la antijuridicidad material de la misma, verbigracia, sobre la contravención de la edificación de los valores encarnados por la función social del suelo y, consecuentemente, al desvalor de su resultado.

Sobre la base de lo anterior, puede proclamarse que la aprobación de un nuevo planeamiento ineludiblemente -y de forma automática- comprende que el uso señalado para un suelo concreto era indebido e improcedente (ya que, a la luz de la tesis del bien jurídico que aquí se defiende, el cambio implica incidental e inevitablemente una afectación al núcleo del injusto) y, por lógica, nos lleva a deducir la alteración del destino del suelo desde la perspectiva del momento de su consumación realmente carecía de transcendencia penal.

IV. Como habrá inferido el lector, la implementación de mi tesis a la luz de la concepción valorativa del suelo -como consecuencia coherente y necesaria de la misma- puede presentar cierta problemática práctica<sup>145</sup> anómala y unos daños colaterales preocupantes.

De modo ejemplificativo: a) Es importante analizar el binomio corrupción-urbanismo, provisto de una presencia proverbialmente negativa para el desarrollo político, económico, social y cultural y un *manifiesto descrédito para las Instituciones*<sup>146</sup>; y cómo los cambios en la legalidad urbanística a fin de provocar la cobertura formal del infractor pueden ser constitutivos del delito de prevaricación urbanística, previsto en el artículo 320 C.P.

---

<sup>145</sup> *Maxime* cuando admitimos que su aplicación debería ser unitaria para con el resto de casos en que se presenta la retroactividad de la norma extrapenal más favorable. Si bien esto es cierto, cada precepto entraña unas singularidades propias que necesitarían de un análisis pormenorizado y en cuyo seno quizás la cuestión de la sobrevenida retroactividad *pro reo* no sería más que un supuesto de laboratorio.

<sup>146</sup> Op. cit. MORILLAS,, *Urbanismo y corrupción política*, p. 23.

- b) Piénsese en la pérdida de la consecución de un porcentaje (en la mayoría de CC.AA del 10%; véase el art. 55.3 LOUA en Andalucía, el 127.4 TRLUA en Aragón, o el 43.1 b TRLUC en Cataluña) de cesión de suelo con aprovechamiento<sup>147</sup>. ¿No ostenta la comunidad el derecho a participar de las plusvalías generadas por la acción urbanística?
- c) ¿Existiría un enriquecimiento injusto por parte del sujeto activo por consecuencia de la adquisición y construcción en suelo no urbanizable, previa recalificación del mismo, así como obrando por medio de la evasión del trámite de licencia administrativa?

Por muy preocupantes, es importante reflexionar sobre cuál debe ser la respuesta penal ante estos cabos sueltos. A mi juicio, estas cuestiones no pueden aisladamente conformar el núcleo de lo injusto para la imposición de la pena, dada cuenta de que pertenecen más bien, y principalmente<sup>148</sup>, al terreno de la política criminal y son externas a la estricta y libérrima valoración penal. No es posible la conminación penal con el fundamento de criterios fundamentalmente económicos, extrajurídicos o de mero aprovechamiento, a la vista del principio de fragmentariedad penal. Lo contrario nos llevaría a un Estado de Derecho “torcido”, en que se deforma lo jurídico y se desnuda lo político.

Es fundamental entender, en todo caso, que la dogmática penal se construye *eo ipso*; en virtud de la misma y sus desenlaces, como se ha pretendido, pueden ser perfectamente válidos desde la lógica interna que la guía<sup>149</sup>, toda vez que imprecisas desde la perspectiva político-criminal (aunque ello no sea deseable).

Aunque no necesariamente, pues en el supuesto fáctico que se plantea -así como en la problemática accesoria que se ha señalado- concurren factores de índole sociológica fácilmente controlables por otras vías, que harían esta tesis en la experiencia sostenible. Resolver definitivamente esta cuestión, por ahora, sería anticiparse en exceso.

3.7. Expresada mi posición al respecto, el *statu quo* respecto de esta cuestión en consecuencia no puede compartirse, de suerte que puede razonablemente considerarse carente de

---

<sup>147</sup> Sobre el deber de cesión de suelo, el art. 47 CE como base jurídica y op. cit. TRAYTER, *Comentarios a la Ley de Urbanismo*, p. 193 y ss.

<sup>148</sup> Sin desmerecer que el valor económico del suelo pueda constituir un interés a preservar si bien, en mi opinión, en un segundo plano no esencial, teniendo en cuenta que la función social del suelo puede configurarse como un bien jurídico ponderable, en que no todo valor tutelado goza de un interés análogo.

<sup>149</sup> BORJA JIMENEZ, E., *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*. En ADPCP. VOL. LVI. 2003



legitimidad en los parámetros de una supuesta antijuridicidad que no puede llegar a proclamarse y, por tanto, en cierto modo arbitraria. El prevalimiento de la desconfianza en la Administración pública sobre los principios garantistas del ordenamiento penal supone tiranía bajo el escudo de la ley.

Es por ello que, antes que incurrir en interpretaciones forzadas del aparato dogmático en orden a la introducción de idearios político-criminales -que si bien son relevantes para el funcionalismo teleológico<sup>150</sup> no satisfacen la legitimidad a nivel teórico en el ejercicio del ius puniendi- resulta preferible, como se ha procurado, someter el bien jurídico protegido por el art. 319 C.P a revisión y cuidadoso escrutinio, reparando en la verdadera extensión del principio de autonomía local, tratando de casar de manera más precisa dogmática y política criminal -como FERRAJOLI, la validez pragmática y axiológica de la norma-.

Ello, a la luz de sus consecuencias prácticas, con el objeto de acudir a posibles fórmulas dogmáticas –más allá del *corpus* clásico de estudios que hayan teorizado al respecto- que permitan de una persecución materialmente legítima respecto del fenómeno de la promoción inmobiliaria ilegal, edificada con los cimientos del fenómeno de la corrupción local.

#### 4. CONCLUSIONES

4. Este supone el trabajo con el cual su autor culmina su periplo universitario, esperando que el lector haya disfrutado de las anteriores líneas<sup>151</sup>, que no suponen sino un paso más hacia la conclusión de una atesorada etapa vital.

I. Si bien puede admitirse el Derecho penal como un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, asociando el delito a la pena como su legítima consecuencia, ello no es óbice para el tratamiento *in extenso* sobre el contenido sustancial del ordenamiento jurídico penal, en tanto que lineal tutela de valores e intereses.

---

<sup>150</sup> En la línea del propio ROXIN respecto de la conminación penal con el fundamento de criterios exclusivamente extrajurídicos: *Op. cit.* ROXIN, *Derecho penal*, p. 56, las rúbricas; *las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos*, así como ni tampoco las *meras inmoralidades*.

<sup>151</sup> Los delitos contra la ordenación del territorio no gozan, en mi opinión -y por muchas razones-, de un particular interés para la doctrina. Sin embargo, miles de ciudadanos europeos siguen siendo víctimas de un sistema de urbanización masiva, toda vez que desde algunos sectores se advierte la contingencia de una segunda burbuja inmobiliaria.

Estas situaciones relacionales u objetos presentes en la realidad social que -aunque no asequibles a la percepción de los sentidos- materializan la idea de bien jurídico, ven justificada su tutela, eclipsando las corrientes de pensamiento más conservadoras, al tenor del Estado Social y Democrático de Derecho (1.1 C.E.) y sus implicaciones político-criminales.

A la vista de su contraste con el principio de intervención mínima (y particularmente con la idea de riesgo punible *in mente*), no obstante, este sentimiento jurídico solo puede articularse conceptualmente mediante la distorsión del pensamiento, llevándolo a nuevos horizontes. Y ello acontece, sin duda alguna, en el caso de los delitos urbanísticos.

Como se ha disertado, el contenido -tanto formal como material- del delito urbanístico ha sido erróneamente interpretado tanto por doctrina como jurisprudencia mayoritaria, desplazando el principio de fragmentariedad penal a la práctica marginalidad.

Es por lo anterior que un propósito principal como *takeaway* de este manuscrito reside en la reinterpretación de los requisitos de la pauta de antijuridicidad con el empleo del término *afectación* referido, en el caso que nos ocupa, a los valores que el urbanismo, en tanto que disciplina pública, pretende salvaguardar; configurando así una teoría moderna sobre el bien jurídico respetuosa con los límites del *ius puniendi* desde la perspectiva del Estado Social, y esta no puede ser otra que la función social del suelo.

II. La introducción de la concepción heterodoxa del bien jurídico protegido por el 319 C.P. que aquí se ha defendido es fruto de una ambiciosa integración del ordenamiento jurídico en su plenitud, interpretando sistemáticamente las premisas penales con conceptos acuñados originariamente en Derecho Administrativo, como debería ser habitual en otras muchas manifestaciones de la delincuencia económica.

La función social del suelo, como conclusión materialmente legítima alcanzada -y a pesar de la buena voluntad de su intérprete- puede en la práctica *desistematizar* muchos de los principios ya consolidados en nuestro sistema.

Efectivamente, los efectos convocados por el bien jurídico *ex novo* han sido sometidos a examen en el tercer capítulo. Apriorísticamente, quizás pueda uno pensar que se trata de una configuración del bien jurídico extremadamente volátil -tanto a nivel material como procedimental-, si existen razones suficientes como para considerar que la afectación al

núcleo del objeto de tutela del 319 C.P., por medio de la ley penal en blanco, puede ser *indirectamente* (insisto, a la luz de la función social del suelo) modulada por las variopintas autoridades municipales.

No obstante -si bien deberá el objetor acreditar los inconvenientes que tal volatilidad pueda ocasionar-, mi posición al respecto es clara y tiende al reforzamiento del principio de autonomía local, de conformidad con la idea del Estado Social que obra como presupuesto del mismo (de nuevo, volviendo a los presupuestos del *ius puniendi*); y esta posición ha sido evidente cuando se ha sometido a contradicción con un sector de la doctrina que llega a una conclusión distinta (*vid.* Cap. III, S. 3.4) proclive a la centralización.

III. A mayor abundamiento, puede parecer -sin duda inintencionadamente- que la premisa anterior ofrece una patente de corso para hacer predicciones a voluntad con carácter exclusivamente dogmático, dejando de lado postulados político-criminales.

Esta objeción no ha podido suscribirse. En primer lugar, la singularización del sustrato material del bien jurídico subyacente en el delito urbanístico por parte de la Administración Local está plenamente conectada a los principios de intervención mínima y -a mi juicio- se acomoda mejor que cualquier otra concepción a las reglas axiológicas que gobiernan el estado de las cosas.

Pero, como se ha visto, el tratamiento del aspecto político-criminal que deriva de ello es fundamental. ¿Implica la Función Social del suelo una sensible alteración en el alcance del principio de autonomía local? Y, a continuación, ¿Poseen *de facto* las Autoridades Locales la potestad de declarar la atipicidad de conductas con relevancia criminal?

La respuesta debe inevitablemente ser afirmativa; lo cual ha podido apriorísticamente parecer alarmante ya que, en definitiva, resulta paradójico que la tipificación del delito urbanístico esté a merced de las Autoridades Locales, precisamente vulnerables a la corrupción que las alcanza de lleno por su propia vinculación competencial.

Es por ello que la única manera de asegurar la sostenibilidad de esta tesis en la realidad social, como reflexión final, pasa por aumentar todo género de controles respecto de la actuación administrativa en esta materia. Tal control podría manifestarse de distintas maneras, a cuyo efecto el fenómeno de la legalización *ex post* sería reprimido en vía

administrativa, a saber (y sin entrar en las ulteriores dificultades que ello entraña):

- a) Fortalecer los controles democráticos sobre la intervención administrativa en el urbanismo por medio de la revisión de competencias y requisitos en esta materia, a fin de que la modificación de los P.O.U.M no concurra con tal arbitrariedad política. A título ejemplificativo, una más profunda fundamentación de los expedientes de legalización (sin que ello contravenga el principio de autonomía local).
- b) Asegurar la efectividad de la protección del -no esporádicamente- coaccionado en el curso de modificación del planeamiento (la figura del *conculso* en el derecho penal comparado italiano, en cierto modo similar a la eximente por estado de necesidad).
- c) La introducción de la legitimación del ciudadano para su persecución penal, en tanto que perjudicado. Propuesta que no es novedosa<sup>152</sup> y cuya pertinencia, mucho más compleja, podrá someterse a juicio del procesalista vocacional.
- d) Como control extrínseco, la contención de la indisciplina administrativa (más allá de la insuficiencia normativa), así como la presión del sector de las constructoras.

Considero que medidas de esta índole permitirían de la viabilidad de mi tesis sin participar de la dinámica del -por lo demás, ya concurrente- uso electoral de la variabilidad del orden urbanístico, así como evitar las recalificaciones prevaricadoras *ad hoc* a fin de eludir la responsabilidad penal; en fin, que los procesos de recalificación no sean equivalentes a la mera *legitimación de la ilegalidad*<sup>153</sup>.

Me invade cierta insatisfacción el no poder, por limitaciones estructurales, abordar todas estas propuestas con mayor minuciosidad, por lo que considero pertinente que el presente trabajo, entre otros efectos, marque ulteriores investigaciones doctrinales sobre este particular.

De la misma manera, resultan de interés para la labor investigadora ciertos aspectos relacionados con el objeto principal de estudio que no han podido ser abordados; como la cuestión del límite temporal aplicable a la presente tesis (¿procedería la revisión de la condena por la concurrencia de un precepto extrapenal favorable promulgado una vez pasados 5, 10, 20... a los 50 años?); así como la aplicabilidad de este régimen respecto de supuestos de hecho en que, por el contrario, procede el cambio normativo para adecuar el

---

<sup>152</sup> Op. cit. MORILLAS, *Corrupción*, p. 31.

<sup>153</sup> DÍEZ RIPOLLÉS/GÓMEZ CÉSPEDES/PRIETO DEL PINO/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*. Un estudio de la Costa del Sol. Ed. Tirant lo Blanch, 2004. Barcelona. p. 229.

ordenamiento jurídico a la realidad física por posibles desajustes fácticos producidos (en que los valores tutelados por el Planeamiento resultarían *de facto* inexistentes).

IV. Dicho todo lo anterior, y a estas alturas rogando la indulgencia del lector, daré conclusión a este trabajo con una reflexión final.

Con el auge del Estado Social, la globalización y las nuevas tecnologías, parece que hemos perdido la brújula del razonamiento. Vivimos en un mundo tecnificado; acelerado, en el que, como arma de doble filo, no hay tiempo para la reflexión.

Pero, como pesimista esperanzado (u optimista trágico), este estudio no conocerá su fin sin antes declarar, a título personal, un objetivo humildemente idealizado; que el presente trabajo pueda servir como punto de partida para futuras líneas de investigación, más exhaustivas e instruidas, sobre la protección de bienes jurídicos supraindividuales en la sociedad moderna, el tratamiento del bien jurídico del 319 C.P. en los términos señalados y los límites entre el Derecho penal y la autonomía local, y en clave crítica, pues en ausencia de contradicción no puede fluir la verdad.

Así entonces, “*quod scripsi scripsi*”, como dijo Poncio Pilatos cuando hizo a Jesucristo el rey de los judíos: Lo escrito, escrito está; exponiéndose al mejor criterio de aquellas personas a las que pueda interesar.

## BIBLIOGRAFÍA

### A

ALCALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Barcelona, Ed. Cedecs, 1997.

ALONSO ÁLAMO, M., *Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo*", Cuadernos de la Guardia Civil, 1997. núm. 17

ÁLVAREZ CONDE, E., TUR AUSINA, R., *Derecho constitucional*. Madrid, Ed. Tecnos, 2017.

AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt a. M. 1972

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Milano, Ed. Giuffrè, 1991.

ARROYO ALFONSO, M. S., *Apuntes sobre la administrativización del Derecho penal del medio ambiente*, en Actualidad Jurídica Ambiental, Sección Artículos Doctrinales. 1 de octubre de 2018

### B

BARATTA, A., *Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, en Strafgerechtigkeit*, FS-Kaufmann, Heilderberg, 1993

BAUCELLS i LLADÓS, J. *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*. Barcelona, Ed. Atelier, 2008.

BECK, U., *De la Sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica*, en RdO, n. 150, 1993

BINDING, K., *Die normen und ihre uebertretung*, 3ed, Leipzig, Alen Scentia Verlagpp. 1975.

BORJA JIMENEZ, E., *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*. En ADPCP. VOL. LVI. 2003

BOIX REIG. J./JUANATEY DORADO, C., en VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ORTS

BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ra ed. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999

BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, Barcelona, Ed. Atelier, 2007.

### C

CANCIO MELIÁ, M., *La teoría de la adecuación social en Welzel*, Revista Ciencias Penales, Fasc. II, 1993

CASAS HERVILLA, J. *El desvalor material de la acción: Una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2014

CATALAN SENDER, J., “*El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del Derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo*”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 66, Madrid, 1998

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., Código Penal. *Doctrina y jurisprudencia*, varios autores. Madrid, Ed. Trivium, 1997. Tomo II

CGPJ, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Madrid. 2002.

CGPJ, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid. 1999.

CORCOY, M., *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (Coord, SILVA Sánchez), Uruguay, Ed. Montevideo, 2017

CORCOY, M. *Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal Mínimo*. Cuadernos de Derecho Judicial. Núm. VIII/2007

## D

DE JUAN GARCÍA, A., *Tiranía bajo el escudo de la ley*, Diario La Ley, N. 9033, 4 de septiembre, ISSN 1989-6913, N° 9033, 2017. Ed. Wolters Kluwer

DE JUAN GARCÍA, A.,. *Sobre la carga probatoria del elemento de idoneidad de los programas de Compliance penal*, en Noticias Jurídicas, Sección Doctrina, en 26 de octubre de 2018

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 C.P.*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ra época, n. 6 (2011)

DE LA FUENTE, F., *Relaciones entre desvalor de la acción y desvalor del resultado en la fundamentación de la responsabilidad penal*. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Yalparaiso XVI (1995)

DE LA MATA, N., DOPICO, J., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Madrid, Ed. Dykinson, 2018.

DE LA MATA, N., *Los delitos sobre la ordenación del territorio tras la Reforma de la LO 5/2010*, en Cátedra Cantabria 2010, Jun. 2011

DE LA MATA, N., *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Barcelona, ed. CEDECS, 1996.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Bogotá, ed. La Ley, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS/GÓMEZ CÉSPEDES/PRIETO DEL PINO/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Barcelona, ed. Tirant lo Blanch, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, en Jueces para la Democracia, núm. 30, noviembre /1997

DOMINGUEZ LUIS, J.A., FARRÉ DIAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Valencia, Ed. Revista General de Derecho, 1998.

## E

ESTEBAN NOGUERA, J., *La ordenación urbanística. Conceptos, herramientas y prácticas*. Barcelona, Ed. Electa, 2003.

## F

FARALDO CABANA,P.(DIR.)/PUENTE ABA,L.M.(COORD.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2011

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Normativización del derecho penal y realidad social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Ed. Trotta, 1995.

FEUERBACH, A., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.:

ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEIERS, Irma, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1989

FOURCAUT, A., y VOLDMAN, D., (dir.) (2013): *Le mouvement social*, número monográfico «*Les crises du logement*», nº 245, 2013/4

FUENSANTA GÓMEZ, M., *Urbanismo y edificación*. Navarra, Ed. Revistas Aranzadi, 2010.

## G

GALLEGO SOLER, J., *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, Barcelona, Tesis doctoral, 2001.

GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

GARCÍA ARAN, M., *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la*



*norma penal*, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XVI, Universidad de Santiago de Compostela

GARCÍA ARÁN, M., CÓRDOBA ROBA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA. E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Ed. Civitas. 1981.

GARCÍA MARTÍN, L., *Los tipos delictivos de los artículos 319 y 321 del Código Penal, en la disciplina urbanística, el suelo no urbanizable las parcelaciones ilegales y el nuevo Código penal*, Actas I y II Jornadas, Diputación General de Aragón, 1997. Zaragoza.

GARCÍA ROCA, J., *El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad*, REALA, n. 282

GARCÍA-PABLOS, A., *Introducción al Derecho Penal*. 4ta ed, Madrid; Ramon Aceres, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, Ed. EDISOFER, 2015.

GEDDES, P., *Cities in evolution. An introduction to the town planning movement and to the study of civics*, en Williams, 1915

GIFREU i FONT, J., *L'ordenació urbanística a Catalunya*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.

GÓMEZ-TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2010.

GORRIZ-ROYO, *La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio*, en Revista de Ciencias Penales, vol. 1, 1, 1998.

## H

HASSEMER, W., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, en ZRP, 1992.

HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2016.

HEINE, G., *Verwaltungsakzessorietat des Umweltstrafrechts* (Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente), en NJW39 (1990)

HONIG, R.: (1930), *Kausalität und objektive Zurechnung*, en *Frank Festgabe*, Tübingen. Y

TIEDEMANN, K., '*Verfassungsrecht und Strafrecht*', Heidelberg, Müller, 1991. VII

HORMAZABAL, M., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido en la norma penal)*. Barcelona, Ed. PPU.1991

HORMAZABAL, M., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios penales en memoria del*

profesor Jose Manuel Valle Muñiz; QUINTERO OLIVARES, G., / MORALES PRATS, F., (Coord.), Navarra, Ed. Aranzadi, 2001.

HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*. Trad. Félix Duque. Madrid, Ed. Editora Nacional, 1977.

## J

JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, New York. Ed. De Gruyter

JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en la teoría de un derecho penal funcional* (Trad. M Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez) Madrid, ed. Civitas, 1996.

JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general* -trad. De CUELLO CONTRERAS y de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid -Marcial Pons-, 1995

JORDANO FRAGA, J., *La reclasificación del suelo no urbanizable*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2009.

## K

KUHLEN, L., *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*, GA 1986

KUHLEN, *Umweltstrafrecht -aufder Suche nach einer neuen Dogmatik*, «ZStW», 105 (1993)

## L

LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, 2000, Madrid

LOPEZ RAMON, F., *Fundamentos y tendencias del organismo supranacional europeo*, en RUE, num. 9, 2004

LOPEZ RAMON, F., *Aspectos administrativos de los Delitos Urbanísticos*, en RDUMA, núm. 151, 1997

LOPEZ RAMON, F., *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, Pamplona, ed. Aranzadi, 1995.

## M

MARAZUELA BERMEJO, A., *El principio de autonomía local en el Constitucionalismo español*, en Asamblea Madrid

MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Corso di Diritto penale, I*. Milano, 1995

MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch, 2016

MATA Y MARTÍN. R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada, Ed.

Comares, 1997.

MORALES, F., y QUINTERO OLIVARES, G.,: *Curso de derecho penal, parte general: acorde con el nuevo Código Penal de 1995*, Barcelona, Ed. CEDECS, 1996

MORALES, F.,/ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, 10ed Pamplona, Thomson Aranzadi, 2016.

MORILLAS CUEVA, L., (Coord.) *Urbanismo y corrupción política*, Madrid, Ed. Dykinson, 2013.

MIR PUIG, S, *Derecho Penal. Parte General*, 9na Ed. Barcelona, ed. REPERTOR, 2011.

MENDOZA BUERGO., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

MUÑOZ CONDE, F., *Manual de Derecho Penal Medioambiental*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Municipal I*, Ed. Civitas, 2003

## N

NIETO, A. / DE LA MATA, N. / DOPICO, J., / LASCURAÍN, J. A., *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Dykinson, 2018

NIETO, A., *Corrupción en la España Democrática*, Barcelona, Ed. Ariel, 1997.

## O

OLIVER CALDERÓN, G., *El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI (Valparaíso, Chile, 2000),

ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

## P

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho urbanístico*. Madrid-Barcelona, Ed. Marcial Pons, 1999.

PAREJO ALFONSO, A., *El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007 del Suelo*, RDU y Amb, año núm. 41, núm. 237, noviembre 2007

PEREZ ANDRÉS, A.A., *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Madrid, 2008

PEREZ DEL VALLE, C., *"En el punto de mira. La crítica a la teoría de los*

*bienes jurídicos"*, InDret n° 379, 4/2006

PEREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt, 1993

PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad administrativa y autonomía municipal*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

POZUELO PÉREZ-DOPICO GÓMEZ ALIER, *Demolición o comiso*, Diario La Ley, n.6948 de 19 de mayo de 2008

## Q

QUERALT, J., *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona, Ed. Atelier, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *La robótica ante el derecho penal*, Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2017.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), JARIA I MANZANO, J. (Coord.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Navarra, Ed. Aranzadi, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos urbanísticos y política criminal*, Ponencia presentada a I Encuentros frente al mar (Acoso al territorio), Seminario organizado por la Universidad de Cantabria y celebrado en Santander los días 13 y 14 de abril de 2011

## R

REBOLLO PUIG, M (Dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, Tomo I*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2007.

REVILLA I ARIET, R., *El Dret Urbanístic de Catalunya*. Institut d'Estudis Autònoms, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

RODRIGUEZ LOPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*. Barcelona, Ed. Bosch, 2007.

RODRIGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado con jurisprudencia*, 2nda ed. 2007

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Ed. Civitas, 1997

ROXIN, C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, JuS, 1966

## S

- SALINERO ALONSO, C., *Delitos contra la ordenación del territorio*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-225, tomo 4, Editorial LA LEY
- SCHÜNEMAN, B., en ZIESCHANG, F., *Tagungsbericht. Diskussionbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock*, ZStW, 107, 1995
- SCHLÜCHTER, E., *Irrtum über normative tatbestandsmerkmale im strafrecht*, Tubinga, 1983
- SEELMANN, O., *Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietat des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten*, en ORSI/SEELMANN/SCHMID/STEINWORTH (Hrsg.), «Gerechtigkeit», Frankfurt, 1993
- SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., (Coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid, Ed. La Ley, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *¿Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español*, Actualidad Penal, núm. 23, 1998
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las ‘leyes penales en blanco’*, en Estudios penales y criminológicos, XVI, 1993
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999
- SCHUNEMANN, B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fashlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975
- STRATENWERTH, *"Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts"*, ZStW (105) 1993
- SUÁREZ-MIRA, R., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II*. Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2018.

## T

- TIEDEMANN, K., *‘Verfassungsrecht und Strafrecht’*, Heidelberg, Müller, 1991

TRAYTER, J. M., / AGUADO I CUDOLÀ, V., *Derecho administrativo sancionador. Materiales*. Barcelona, Ed. Cadecs, 1995.

TRAYTER, J. M., *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*, 3ra Ed. Pamplona, ed. Thomson Aranzadi, 2008.

TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control del planteamiento urbanístico*, Madrid, 1996

## U

VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal, Acción Significativa y Derechos constitucionales*, Valencia, 2da Ed., 2011.

## V

VALERO FERNANDEZ, C. Y., *Cuestiones generales de retroactividad penal*, Universidad Complutense Madrid, 2019. Madrid

VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística, aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Madrid, Ed. Colex, 2002

VIVES ANTÓN, T., *Fundamentos del sistema penal, Acción Significativa y Derechos constitucionales*, 2da Ed. Valencia, 2011..

VON LIZST, F., *Das Verbechen als Sozialpathologische Erscheinung, en Strafrechtlichen Vorträge und Aufsätze*, Berlin.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994

## W

WELZEL, H. *Über den substantiellen Begriff des Strafrechtes* en Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für E. Kohlrausch, Berlín, Verlag Walter de Gruyter, 1944

WELZEL, H., *Studien zum System des Strafrechtes*, ZStW 58 (1939)

WESTON, A., *Las claves de la argumentación* (trad. Mar Vidal). Cambridge, Ed. Ariel, 2011.

## Z

ZAFFARONI, E., "La legitimación del control penal de los 'extraños'", en: CANCIO MELIÁ, M; GOMEZ-JARA, C., *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer S.L., 2006